

# Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



**IBCCRIM**

## EDITORIAL:

### RENOVAÇÃO DA ESPERANÇA

Como sempre acontece, a passagem de ano vem acompanhada por uma série de sentimentos, propostas e esperanças. No final do ano que termina é comum serem feitos balanços a respeito do que foi realizado, do que foi construído, do que mudou ao nosso redor. Já a perspectiva de um novo ano costuma ser marcada pela definição de novas metas a serem alcançadas, de mudanças a serem realizadas, pela esperança em um futuro que gostaríamos que acontecesse.

Para o **IBCCRIM** não é diferente. Ao analisar o espaço que o Instituto ocupa atualmente na sociedade brasileira, é impossível chegar ao final de 2004 sem reconhecer o trabalho e a dedicação com que a gestão 2003/2004 desempenhou suas atividades. Assim como é feito em relação ao ano que termina, também o final de uma gestão é um momento de reflexão acerca do que foi construído.

Inicialmente, a constatação de que o Instituto representa hoje, em nossa sociedade, a mais importante voz em defesa do Estado Democrático de Direito na área criminal, é resultado de um longo caminho, que se iniciou com a sua fundação, vem sendo trilhado por todos aqueles que nesses 12 anos têm se dedicado à luta pelo reconhecimento das garantias individuais como sendo o centro em torno do qual o ordenamento jurídico deve ser construído — especialmente no que tange às matérias penais e processuais penais — e que teve, na gestão que acabou de terminar, a adição do combustível necessário para as novas batalhas que hão de ser enfrentadas.

A gestão que se encerra deixa como legado os frutos da ousadia, da crença no papel do **IBCCRIM** como pólo de produção científica e como indispensável veículo difusor do garantismo penal, da luta contra a flexibilização das garantias individuais e da interdisciplinariedade como a única possibilidade de se construir um direito mais justo.


Por sua vez, a chegada de 2005, com a eleição de uma nova diretoria para o próximo biênio, é marcada pelo espírito de renovação. Com a “passagem do bastão”, a responsabilidade de dar seqüência ao trabalho, iniciado e desenvolvido nas gestões anteriores, revestese de estímulo e consciência acerca da missão a ser cumprida.

A nova diretoria toma posse em momento de suma importância para a sociedade brasi-

leira. Durante os últimos dois anos, o Supremo Tribunal Federal teve sua composição modificada, o que já vem indicando mudanças de posturas jurídicas e permite, portanto, a expectativa de novas decisões a serem proferidas; a recém-aprovada Reforma do Judiciário, por sua vez, vem atender aos clamores de uma Justiça mais justa, o que leva a acreditar que eventuais questões, que surgirem no processo de sua efetivação, serão conduzidas com vistas àquele objetivo inicial. Questões de extrema relevância jurídica e social, diretamente relacionadas com o princípio da dignidade humana, devem ser revistas, como a proibição do aborto de feto anencéfalo e proibição da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos; e questões político-institucionais, como a possibilidade de investigação pelo Ministério Público, serão também submetidas a julgamento. Espera-se que a postura tomada frente a essas e outras questões evidencie que nosso Judiciário está, definitivamente, atento e obediente aos princípios estampados em nossa Constituição.

Espera-se, também, que o respeito aos direitos fundamentais seja igualmente observado pelo Poder Legislativo. Num momento de extrema delicadeza, em que é dito que a criminalidade e a violência urbana “exigem” respostas “eficazes” por parte de nossos legisladores, hão de ser renovadas as esperanças no sentido de que o recurso ao Direito Penal não seja mais a primeira e única alternativa para a solução dos conflitos sociais; esperanças de que a alardeada reforma do Código de Processo Penal não signifique supressão de garantias ou tolhimento do direito de defesa, esperanças, enfim, de que seja facilitada a concretização dos princípios constitucionais condizentes com os direitos e garantias individuais e coletivos.

À nova diretoria do **IBCCRIM**, no entanto, mais do que sonhar com a mudança dos ventos que têm imprimido o sentido de nossa política criminal, cabe a importante tarefa de dar continuidade ao trabalho iniciado há mais de um década, resistindo e opondo-se às constantes tentativas, presenciadas em nosso País, de legitimar o instrumento penal para imprimir o pânico na população, acentuar as diferenças sociais e aumentar o número de excluídos.

É com essa bandeira, outra vez, que o **IBCCRIM** inicia mais um ano no *front*. 

Editorial

## Índice

EDITORIAL: RENOVAÇÃO DA ESPERANÇA	1
A REFORMA DO JUDICIÁRIO E O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA Pierpaolo Bottini	2
OCUPAÇÕES URBANAS E DIREITO PENAL Sílvia Luiz Maciel	4
EXECUÇÃO PENAL E GARANTISMO: AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS SOBRE O EXAME CRIMINOLÓGICO Fabiana Lemes Zamalloa do Prado	6
A FLUIDEZ DO BEM JURÍDICO PATRIMÔNIO CULTURAL E O CRIME DE DANO AMBIENTAL CULPOSO Mohamad Ale Hasan Mahmoud	8
APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO DA LEI Nº 9.099/95 AOS CRIMES INVOCADOS NO ARTIGO 94 DO ESTATUTO DO IDOSO Carla Campos Amico e Rodrigo Martins da Câmara	10
“DIVERSÃO” OU “DESJUDICIARIZAÇÃO” Selma Pereira de Santana	12
SENTENÇA DE PRONÚNCIA: IN DUBIÓ PRO SOCIETATE? César Peres	14
VIOLENCIA SIMBÓLICA E PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS Andrei Zenkner Schmidt	16
COM A PALAVRA, O ESTUDANTE: OS HERÓIS NOS TEMPOS DO TERROR Otávio Dias de Souza Ferreira	18
<b>Caderno de Jurisprudência</b>	
O DIREITO POR QUEM O FAZ: CRIME AMBIENTAL. POLUIÇÃO SONORA. ATIPICIDADE Alexandre Morais da Rosa	857
JURISPRUDÊNCIA COMENTADA: A DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE — OU NÃO — DA PROGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA, QUANDO A CAPITULAÇÃO DO CRIME IMPUTADO REVESTIR-SE DE CARÁTER HEDIONDO É ANTIGA, TANTO QUANTO A LEI Nº 8.072/90 Luiz Felipe Azevedo Fagundes	859
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	860
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	861
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL	862
TRIBUNAL DE JUSTIÇA	863
TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL	864

Após treze anos de tramitação, a Proposta de Emenda Constitucional nº 29/00 foi votada no plenário do Senado Federal. Trata-se da reforma do Judiciário, ou seja, de uma série de alterações significativas relativas à estrutura do sistema judicial brasileiro, à composição dos tribunais, ao estatuto básico da Magistratura e às competências jurisdicionais. Ademais, a emenda constitucional promove modificações em outras instituições públicas, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, criando órgão de controle e acompanhamento para o primeiro e conferindo autonomia orçamentária e financeira à última, dentre outras novidades.

e para a instituição de mecanismos de acesso mais eficientes, como a previsão da descentralização dos tribunais e o fortalecimento dos juizados itinerantes, principalmente nas regiões carentes e afastadas dos grandes centros urbanos.

Neste contexto, é importante ressaltar um dos pontos mais polêmicos e, ao mesmo tempo, mais importantes da reforma levada a cabo pelo Congresso Nacional, qual seja, a instituição do Conselho Nacional de Justiça, criado com a inclusão do artigo 103-B no texto constitucional, denominado de controle externo do Judiciário.

O Conselho Nacional de Justiça, que será instituído em 180 dias após a promulgação da emenda constitucional, será composto por nove magistrados, das diferentes esferas e instâncias, por dois membros do Ministério Público, por dois advogados e por dois cidadãos de notável saber jurídico, um indicado pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal, que exercerão a atividade por dois anos, admitida uma recondução. De sua própria composição pode-se perceber a impropriedade de denominar o órgão como controle externo, já que a maioria de seus membros pertence à própria Magistratura.

O Conselho Nacional de Justiça terá três competências específicas, concomi-

tantes e complementares. A primeira e a nossa ver a mais importante, será a atividade de reunir dados estatísticos do Judiciário em âmbito nacional, proceder à análise dessas informações e, com base nesses estudos, apresentar propostas de instituição de políticas judiciais. Assim, o órgão terá capacidade de conhecer o sistema judicial como um todo, ter ciência das falhas e dos gargalos, bem como das experiências bem sucedidas, podendo, no caso das últimas, replicá-las e incentivá-las em todo o território brasileiro. Ademais, terá a com-

petência de determinar regulamentações e padronizações de atividades fundamentais em áreas importantes, como nos casos de procedimentos de informática. É inconcebível que, nos tempos atuais, um magistrado em São Paulo não tenha acesso a dados armazenados em tribunais de outros Estados porque o sistema de informatização das unidades federativas é incompatível. Informações sobre antecedentes criminais, sobre situação e trâmite de processos, e outros dados poderiam ser disponibilizados com a padronização dos sistemas, que poderá ser efetivada sob a gerência do Conselho Nacional de Justiça. Ao Conselho será facultado, ainda, tratar com outras entidades, externas ao Poder Judiciário, para instituir canais de comunicação de comunicação

que facilitem o trabalho do juiz e das partes, como o desenvolvimento de sistemas de penhora *on line*, de veículos ou de outros bens cadastrados em órgãos públicos (imóveis, etc.), ou a criação ou aprimoramento de sistemas de troca de informação ou de peticionamento virtuais, garantidos e seguros por mecanismos de certificação digital de assinaturas.

Além das competências de planejamento e regulamentação de atividades, o Conselho terá a função de apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar

prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União.

Esta atividade, do Conselho, de acompanhamento dos atos administrativos é complementada por uma terceira competência, prevista

no texto aprovado pelo Senado, que trata da avaliação disciplinar dos magistrados. Por ela, o Conselho deverá receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou sejam oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço, bem como aplicar outras sanções administrativas.

As maiores críticas que pesam sobre o Conselho alinham-se na afirmação de que sua instituição viola o princípio da separação de Poderes prevista no art. 2º da Constituição, pois cria-se um órgão de composição mista que se imiscuiria nas atividades do Judiciário. Tal afirmação nos parece infundada por três motivos.

Em primeiro lugar, o Conselho Nacional de Justiça integra o Poder Judiciário, pois é inserido, topograficamente, dentre os órgãos judiciais, elencados no artigo 92 da Constituição. Portanto, não se trata de órgão externo, mas de instituição do próprio Poder.

Em segundo lugar, os membros do Conselho, mesmo aqueles que não fazem parte dos quadros da Magistratura, ao integrarem o órgão passam a ostentar a condição de integrantes do Judiciário, da mesma for-

**Claro está que a aprovação da emenda constitucional não será a solução final para os problemas que afetam atualmente a atividade de prestação jurisdicional, mas, certamente, é um marco institucional para a construção de políticas de desenvolvimento gerencial do Poder Judiciário.**


**As maiores críticas que pesam sobre o Conselho alinham-se ao afirmar que sua instituição viola o princípio da separação de Poderes, pois cria-se um órgão de composição mista que se imiscuiria nas atividades do Judiciário.**

**Tal afirmação nos parece infundada.**

ma que ocorre com os advogados e promotores oriundos do quinto constitucional e com os membros do Supremo Tribunal Federal que, em comum, são magistrados, mas não faziam parte da carreira originalmente. Não se diga que a condição dos membros do Conselho é distinta porque seu mandato é temporário, de dois anos, e o mesmo não ocorre com os integrantes do quinto constitucional, que ostentam a vitaliciedade. Ora, a aceitação dessa afirmação significa negar a condição de membros do Poder Judiciário aos advogados que integram a Justiça Eleitoral, na condição de juízes, os quais também exercem transitoriamente a função judicante<sup>(1)</sup>. Assim, o caráter temporário dos membros não implica denegação da natureza de integrante do Poder Judiciário ao Conselho Nacional de Justiça, ainda que este desempenhe funções distintas dos demais órgãos.

Por fim, a instituição do Conselho não afronta a separação dos Poderes porque o mesmo não interferirá na atividade típica do Judiciário, qual seja, a atividade judicante. O planejamento e acompanhamento tratará dos atos administrativos do órgão, que não se

confundem com a atividade de julgamento de lides. A independência do juiz, que consiste na liberdade de julgar conforme seu entendimento e suas convicções, não é violada pela fiscalização dos atos administrativos por ele praticados, que envolvam a gerência do patrimônio público, nem pelo acompanhamento do cumprimento de seus deveres funcionais, previstos em lei.

Desta forma, além de constitucional, a existência do Conselho Nacional de Justiça é fundamental para a valorização do Poder Judiciário como uma instituição pública, democrática e transparente, e, sem dúvida, pilar indispensável para o respeito aos direitos e garantias constitucionais de um Estado de Direito material. 

### Nota

(1) O artigo 121 da Constituição prevê o período de dois anos de exercício dos juízes na Justiça Eleitoral (§ 2º).

**Pierpaolo Bottini**

Diretor de Modernização de Administração da Justiça da Secretaria de Reforma do Judiciário - Ministério da Justiça, mestre e doutorando em Direito Penal pela USP

Pierpaolo Bottini



**IBCCRIM**

INSTITUTO BRASILEIRO  
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS  
- IBCCRIM -  
(FUNDADO EM 14.10.92)

**DIRETORIA DA GESTÃO 2005/2006**

#### DIRETORIA EXECUTIVA

##### **PRESIDENTE:**

Maurício Zanoide de Moraes

##### **1ª VICE-PRESIDENTE:**

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

##### **2º VICE-PRESIDENTE:**

Sérgio Mazina Martins

##### **1ª SECRETÁRIA:**

Tatiana Viggiani Bicudo

##### **2º SECRETÁRIO:**

Theodomiro Dias Neto

##### **1º TESOUREIRO:**

Roberto Mauricio Genofre

##### **2º TESOUREIRO:**

Ivan Martins Motta

#### COORDENADORES-CHEFES:

##### **Departamentos:**

##### **BIBLIOTECA:**

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

##### **BOLETIM:**

Mariangela Gama de Magalhães Gomes

##### **CURSOS:**

Juliana Sinhorini Nahum

##### **ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:**

Maria Elizabeth Queijo

##### **INTERNET:**

Luís Fernando Camargo de Barros Vidal

##### **RELAÇÕES INTERNACIONAIS:**

Marina Pinhão Coelho

##### **REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:**

Paula Bajer F.M. da Costa

##### **INICIAÇÃO CIENTÍFICA:**

Marta Cristina Cury Saad Gimenes

##### **PÓS-GRADUAÇÃO:**

Alvino Augusto de Sá

##### **REDES INTERNACIONAIS:**

Flavia D' Urso

##### **NÚCLEO DE PESQUISAS:**

Renato Sérgio Lima

#### COORDENADORES ESTADUAIS:

Veja relação à página 17.

## LABORATÓRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



Estão abertas, até 4 de março de 2005, na secretaria do **IBCCRIM**, as inscrições para o **Laboratório de Ciências Criminais 2005**, atividade oferecida pelo **IBCCRIM** aos estudantes do 3º ao 5º ano das faculdades de Direito.

Ao longo do curso, serão abordadas questões de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Política Criminal, com discussão dos grandes temas das Ciências Criminais.

Mais informações no *site* <http://www.ibccrim.org.br>, na secretaria do **IBCCRIM** ou pelo telefone (11) 3105.4607.

O Direito Penal, em nosso País, é utilizado como primeira medida para quase todos os conflitos de interesses surgidos no seio de nossa sociedade, numa completa inversão do papel desse delicado instrumento público de controle, que, sabidamente, deve estar reservado para a contenção apenas de comportamentos muito nocivos e perigosos ao convívio da comunidade, contra os quais é necessária também a utilização desse invasivo e controvertido tópico do sistema normativo. Nesse contexto, o Direito punitivo passa a servir como um indevido legitimador das omissões estatais, que impedem a efetivação de uma sociedade plural e igualitária, e então, a par de suas necessárias funções, se torna um instrumento a serviço da manutenção do *status quo*, de empicilho do progresso e justiça sociais<sup>(1)</sup>.

Dentre as omissões do Poder Público, se insere, com absoluta certeza, a falta de uma política séria de habitação para a carente e desigual população brasileira, o que, somado a outros problemas, como desemprego, acesso precário à educação, especulação imobiliária, redundante, inexoravelmente, num conflito existente no campo e nas cidades entre aqueles que detêm a propriedade e os que precisam de um lugar para trabalhar ou simplesmente residir com sua família, de modo a conferir-lhes o mínimo de dignidade e condições de sobrevivência.

Confirmando essa prática perversa de utilização do Direito Penal, tornou-se freqüente, no dia-a-dia das grandes cidades, o comparecimento de proprietários em órgãos policiais, pretendendo o registro de invasões de seus imóveis urbanos **até então vazios**, com o indisfarçável propósito de utilizar os poderes públicos para conseguir uma reintegração de posse ao arrepio da lei civil, o que, aliás, viola o princípio constitucional da universalidade de jurisdição.

O cotidiano demonstra que raras vezes as ocupações configuram algum ilícito criminal, mas mesmo ante a inexistência de infrações a apurar há uma renitente solicitação de intervenção por proprietários que estão pouco interessados com a aplicação da lei penal e que, na verdade, pretendem apenas utilizar o aparelho repressivo para intimidar os ocupantes, ou simplesmente obter a qualificação das pessoas que ali se encontram. Essa a razão, aliás, que motivou a elaboração deste modesto artigo.

Não se está aqui, obviamente, fazendo a apologia das invasões de imóveis alheios, mesmo porque o direito de propriedade é uma garantia individual esculpida no intocável rol do artigo 5º da Carta Magna, ainda que atrelada à função social exigida, também, no mesmo dispositivo constitu-

cional para o legítimo exercício desse direito. Daí dizer José Afonso da Silva que *“o regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição. Esta garante o direito de propriedade, desde que este atenda a sua função social. Se diz: é garantido o direito de propriedade (art. 5º, XXII), e a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII), não há como escapar ao sentido de que só garante o direito de propriedade que atenda sua função social”*<sup>(2)</sup>.

Também não se pretende cultuar os eventuais excessos dos movimentos sociais que, embora legítimos, muitas vezes são capitaneados por alguns líderes que, longe de serem sem-terra ou sem-teto, utilizam uma grande massa de pessoas humildes e sem perspectivas de melhoria, para se exporem à violação da lei e ao confronto (muitas vezes armado) com os órgãos de poder, a fim de efetivar seus inconfessáveis propósitos políticos, ou mesmo pessoais. São notórios, por exemplo, os casos de líderes de movimentos sem-teto que “loteiam” o imóvel ocupado, passando a exigir “taxas” de quem queira morar no local, além de praticarem outras arbitrariedades, como vendas de facilidades ou de proteção da vaga no ambiente de convívio dos desabrigados<sup>(3)</sup>.

Nossa intenção nessas breves linhas é analisar, especificamente, a questão das invasões de *prédios urbanos desocupados* e o descabimento da intervenção do Direito Penal em tais hipóteses.

O Código Penal prevê duas figuras típicas relacionadas com a ocupação desautorizada de imóveis de terceiros, tais sejam, os delitos de violação de domicílio (artigo 150 e seus parágrafos, do CP) e esbulho possessório (artigo 161, inciso II, do CP).

Como é cediço, o primeiro delito citado jamais pode ter por objeto material um imóvel desocupado, uma vez que o bem jurídico protegido pelo tipo penal é a tranqüilidade e intimidade das pessoas que habitam o local violado. O tipo incriminador do artigo 150 do Código Penal não objetiva tutelar a posse ou a propriedade do imóvel, razão pela qual está inserido no Título I, do *Codex*, (*Dos Crimes contra a Pessoa*) e no capítulo VI, desse Título (*Dos Crimes Contra a Liberdade Pessoal*). Fosse a intenção do legislador tutelar a posse ou a propriedade, e o crime estaria no rol daqueles que ofendem o patrimônio. Daí por que se admite, sem controvérsia, a possibilidade do próprio dono do imóvel praticar o crime de violação de domicílio, se nele pretender ingressar ou permanecer contra a vontade expressa de quem o possui licitamente, *v.g.*, o locatário.

E daí por que é também pacífico na jurisprudência e na doutrina que o delito de violação de domicílio só pode restar

caracterizado quando o imóvel está habitado. Como bem diz o mestre Damásio Evangelista de Jesus, *“a incriminação da violação de domicílio não protege a posse nem a propriedade. O objeto jurídico é a tranqüilidade doméstica. Tanto que não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia desabitada. Há diferença entre casa desabitada e casa na ausência de seus moradores. Quando ausentes os moradores, subsiste o crime de violação de domicílio. (...)”*

**Cumpra observar que na violação de casa desabitada poderá existir o delito descrito no art. 161, do CP, que define a usurpação**<sup>(4)</sup> (destaques em negrito nossos).

Com relação ao delito de esbulho possessório, cremos, com a devida vênia daqueles que pensam o contrário, como o jurista acima citado, que esse crime também só pode ocorrer em face de *imóveis habitados*. O tipo penal do artigo 161, inciso II, do CP pune a conduta de quem *“invade, com violência ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório”*.

As duas primeiras formas de conduta — invasão com violência e invasão com grave ameaça à pessoa — dispensam comentários sobre a necessidade de estar o imóvel habitado para a caracterização do crime. A violência e a grave ameaça, às quais se refere a lei, está claro, são as exercidas contra a pessoa e não contra a coisa.

A dúvida pode remanescer quanto à terceira forma de execução da conduta delitiva — invasão mediante o concurso de mais de duas pessoas. É que, no plano físico, a entrada em um imóvel por mais de duas pessoas, conjuntamente, pode ocorrer estando ele ocupado ou desocupado. Mas a análise do tipo penal deve ser feita sob o aspecto normativo, mediante critérios de boa hermenêutica. É preciso compatibilizar o texto da lei com o espírito da lei.

A presença de mais de duas pessoas que praticam a invasão do imóvel reduz a capacidade de resistência de seus ocupantes, equiparando-se, na verdade, a uma violência ou grave ameaça. Assim, ao exigir o número mínimo de três invasores, a lei já protege o imóvel que tenha ao menos um ocupante, que estará em situação de inferioridade em relação aos autores do esbulho.

O concurso de mais de duas pessoas, obviamente, tem de ter a mesma eficácia das duas primeiras formas de execução (violência e grave ameaça), ou seja, deve funcionar também como meio de intimidação ou de superação de quem se encontre ocupando o imóvel. Não fosse essa a intenção do legislador, não haveria razão para a lei exigir esse número mínimo de autores do delito, porque tanto faz invadir um



**IBCCRIM**

**BOLETIM IBCCRIM**  
- ISSN 1676-3661 -

**COORDENADORA-CHEFE:**  
Mariângela Gama  
de Magalhães Gomes

**COORDENADORES ADJUNTOS:**  
Mariângela Lopes Neistein  
e Paulo Sérgio de Oliveira

**DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO,  
MONTAGEM E FOTOLITO:**  
Ameruso Artes Gráficas  
Tel. (11) 6215-3596  
Fax (11) 6591-3999  
E-mail: [ameruso@ameruso.com.br](mailto:ameruso@ameruso.com.br)

**IMPRESSÃO:**  
Ativa/M - Tel. (11) 6602-3344

“O Boletim do IBCCRIM  
circula exclusivamente entre  
os associados e membros  
de entidades conveniadas.”

“As opiniões expressas nos  
artigos publicados responsabilizam  
apenas seus autores e não representam,  
necessariamente, a opinião deste  
Instituto.”

**TIRAGEM:**  
15.000 exemplares

**CORRESPONDÊNCIA:**  
**IBCCRIM**  
Rua XI de Agosto, 52  
2º andar - CEP 01018-010  
S. Paulo - SP  
Tel.: (11) 3105-4607  
(tronco-chave)

**ATENDIMENTO DIGITAL**

**Seções:**  
Administrativo Financeiro: ... 2  
Comunicação e Eventos: ..... 3  
Biblioteca: ..... 4  
Diretoria / Presidência: ..... 5  
Internet: ..... 6  
Secretaria: ..... 7  
Núcleo de Pesquisas: ..... 8  
<http://www.ibccrim.org.br>  
E-mail: [ibccrim@ibccrim.org.br](mailto:ibccrim@ibccrim.org.br)  
e [publicacoes@ibccrim.org.br](mailto:publicacoes@ibccrim.org.br)

imóvel vazio, sozinho ou acompanhado de duas, três ou dez pessoas, já que a facilidade de ingresso é exatamente a mesma.

Nesse sentido já decidiu o Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo que “o esbulho possessório não se concretiza apenas pela invasão do imóvel alheio, senão por essa invasão executada com violência, ameaça ou concurso de pessoas, subentendendo-se, neste último caso — concurso de pessoas — haver violência contra a pessoa” (HC, rel. Cid Vieira, RT 550/306).

Não bastasse isso, o tipo penal ainda menciona a finalidade de *esbulhar*, que significa expulsar da posse quem a detém licitamente. Ora, expulsar com violência, grave ameaça ou concurso de mais de duas pessoas, necessariamente pressupõe uma pessoa física contra a qual possa ser exercida tal conduta. É impossível praticar a conduta de *expulsar com violência, grave ameaça ou concurso de pessoas* (que, repita-se, equipara-se à violência) se não houver ninguém no imóvel para sofrer essa ação.

E não é só. Muitas vezes esse dolo específico das pessoas que ingressam em prédios urbanos desabitados não resta caracterizado, porque elas não pretendem praticar esbulho, mas sim conseguir um abrigo provisório para si e a família, até que os poderes públicos responsáveis lhes propiciem o imóvel devido ou as condições para obter um. A invasão, geralmente, funciona com este propósito de pressionar os governos responsáveis para que eles criem soluções para o problema.

E, repita-se, sempre que o dolo não for o de esbulhar, não haverá adequação típica da conduta. Nesse sentido, já decidiram nossos pretórios que, “se o Movimento Popular (no caso, ‘Movimento dos Sem-Terra’) visa pressionar o governo para acelerar a implementação da reforma agrária, programa constante da CR, não se está diante de movimento para tomar a propriedade alheia, não havendo que se falar, portanto, no crime contra o patrimônio deste artigo 162, § 1º, II (STJ, m.v., RT 747/608; TJSP, RT 787/594)”<sup>(5)</sup>.

Vale consignar que o reconhecimento de haver crime de esbulho possessório nas invasões de prédios desabitados produz uma conseqüência mais grave, como, por exemplo, permitir também o reconhecimento, em alguns casos, do delito de quadrilha ou bando, como aconteceu recentemente no Rio de Janeiro, o que pode acabar sendo o pano de fundo até mesmo da decretação de prisões provisórias. É então a aplicação indevida do Direito Penal pode se avolumar sobre um problema eminentemente social.

É de se constatar, portanto, que nos casos de ocupações de prédios urbanos vazios os fatos não têm qualquer conotação penal, por mais graves que pareçam, como as invasões ocorridas nos prédios do cen-

tro da cidade de São Paulo, muito difundidas na mídia.

Não se pode macular de criminosas pessoas que entram em imóveis alheios à procura de abrigo (e se há delinquentes entre essas pessoas, certamente o são por outras condutas que não a entrada no imóvel). O Direito Penal não pode estar a serviço do capital especulativo, como ocorre em muitos casos, e incriminar pessoas que precisavam apenas de casas, não de cárceres. Ficamos sensibilizados quando vemos casais e crianças morando sob um viaduto e, paradoxalmente, depois os consideramos criminosos quando eles tentam um lugar para melhor se abrigar, o que demonstra a abismal distância que há entre o efêmero e inútil sentimento de piedade e a prática de posturas concretas de cidadania e solidariedade ao próximo.

Por tudo quanto foi dito, pode-se concluir que nos casos de invasões de prédios urbanos vazios, ao proprietário cabe exercer seu legítimo direito de exigir a desocupação do seu imóvel pela via judicial adequada e em seguida dar a ele a função social exigida pela Constituição Federal, quando isso não estiver ocorrendo. E ao Estado cumpre diminuir as desigualdades sociais e promover o justo e igualitário desenvolvimento econômico, estes, sim, fatores eficazes de combate aos fins dos conflitos urbanos e rurais e de quaisquer outros conflitos. Quanto ao Direito Penal, ele não precisa interferir arbitrariamente em mais essa problemática social. ◐

**Notas**

- (1) A propósito, há muito tempo a *teoria crítica* já desmentiu a falsa neutralidade política e pureza científica do Direito (inclusive do Direito Penal) sustentadas pelo positivismo, denunciando sua *função ideológica* de manutenção das relações de poder. Nesse sentido, v. **Luis Roberto Barroso**, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 278-281, e ainda **L. Fernando Coelho**, *Teoria Crítica do Direito*, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.
- (2) **SILVA, José Afonso**. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 262.
- (3) O interesse das pessoas e famílias que participam da invasão — que é o interesse de obter um abrigo — não se confunde jamais com eventuais interesses espúrios dos líderes dos movimentos. Isso quando há movimento organizado, porque na maioria dos casos, que não são retratados pela mídia, as pessoas ocupam os imóveis apenas com sua família ou com algumas outras famílias acompanhadas.
- (4) **JESUS, Damásio Evangelista de**. *Direito Penal*, 2º vol., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 233.
- (5) **DELMANTO, Celso**, et al. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Renovar, 2002, p. 371.

**Sívio Luiz Maciel**

Delegado de Polícia no Estado de São Paulo e mestrando em Direito Constitucional pela PUC/SP

# EXECUÇÃO PENAL E GARANTISMO: AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS SOBRE O EXAME CRIMINOLÓGICO

Fabiana Lemes Zamalloa do Prado

EXECUÇÃO PENAL E GARANTISMO: AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS...

Fabiana Lemes Zamalloa do Prado

A falta de comprometimento do legislador brasileiro com os princípios e objetivos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 tem sido uma constante no exercício do poder de legislar que lhe foi por ela outorgado. Não foi diferente com a Lei nº 10.792/03, que trouxe significativas alterações à Lei de Execução Penal. Dentre outras modificações, introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado, regulamentando uma tendência de enrijecimento da execução das penas privativas de liberdade que, na prática, já se verificava em alguns Estados da Federação.

Em sentido diametralmente oposto, eliminou o exame criminológico como condição para a concessão de progressão de regime, livramento condicional e indulto.

A aparente antinomia da opção legislativa foi por si própria afastada. Uma análise não muito acurada da Lei nº 10.792/03 evidencia que ela objetivou atender aos reclamos de um sistema saturado, consubstanciados na necessidade de imprimir maior rigor no tratamento penal à criminalidade organizada e de esvaziar, em contrapartida, os presídios para possibilitar o alcance desse objetivo. A extinção do exame criminológico como condição para a obtenção de progressão de regime, livramento condicional e indulto foi o meio eleito para agilizar a liberação de condenados e possibilitar a exequibilidade das medidas de combate à criminalidade organizada.

Muitas vezes ecoaram contra a decisão legislativa. Argumentos diversos foram expendidos para sustentar a possibilidade de ainda realizar-se o exame criminológico como forma de verificação da periculosidade do condenado e sua adaptabilidade ao convívio social previamente à concessão de “benefícios prisionais”. Invocaram, como fundamento maior, o princípio da individualização das penas, inscrito no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, bem como a não revogação dos artigos 33, § 2º e 83, parágrafo único, ambos do Código Penal Brasileiro que, estabelecendo como requisito para a progressão de regime e livramento condicional, respectivamente, o mérito do condenado e a ausência de presunção de reincidência, estava a autorizar o juiz da execução penal a requisitar, se entendesse necessário à formação de sua convicção, a realização do exame criminológico para a análise da personalidade do condenado e sua

compatibilidade com o convívio social.

Outras vozes, em minoria, aplaudiram a decisão do legislador.

Não obstante não ter sido essa a intenção do legislador, a verdade é que a providência adotada veio ao encontro dos ideais garantistas do Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição Federal de 1988 mas, até o presente, não efetivados em sua completude.

O sistema de execução de penas implementado pela Lei de Execução Penal é, sem dúvida, a herança mais antiguarista do período autoritário que se seguiu ao golpe militar de 1964.

Inspirada pelas doutrinas correionistas da defesa social, a Lei de Execução Penal concebeu a pena como instrumento flexível de transformação do condenado, para a sua “ressocialização”. Com o discurso da humanização da execução das penas, instituiu um modelo ressocializador fulcrado na individualização das penas e orientado, em todas as suas fases, pelo mérito do condenado, a ser verificado a partir de avaliações comportamentais e de personalidade.

As ideologias correionistas que, inquestionavelmente, permeiam a Lei de Execução Penal, além de vulnerarem o principal valor da civilização e fundamento do Estado Democrático de Direito, qual seja, o respeito à dignidade humana, violam, igualmente, o direito de liberdade e autonomia de consciência.

Não obstante, passados mais de quinze anos da promulgação da Constituição vigente, a Lei de Execução Penal continua sendo aplicada, com toda a sua ideologia ressocializadora, transformadora e antiguarista, sob o manto do discurso falacioso de humanização e individualização das penas.

O princípio da individualização das penas, desenvolvido, inicialmente, dentro de uma doutrina orgânica teleológica e correionista, por **Franz Von Liszt (Ferrajoli, 2002, p. 216)**, foi incorporado à Constituição de 1988, dentre as garantias fundamentais, em seu artigo 5º, inciso XLVI. Dessa forma, deve ser, na atualidade, interpretado no contexto garantista em que inserido. Não autoriza diferenciações da pena segundo a personalidade do condenado, eis que, dessa forma, confrontar-se-ia com princípios outros basilares no Estado Democrático de Direito, como a igualdade, a legalidade e a certeza das penas. O princípio da unidade da Consti-

tuição impõe que tais princípios sejam interpretados “(...) como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios” (**Canotilho, 2003, p. 1.224**).

A “classificação” dos condenados, como prevê a Lei de Execução Penal, concretizada, dentre outras formas, pela realização dos exames criminológico e de personalidade, determinantes à elaboração de um plano individualizado de “tratamento penal” a que será submetido o condenado, para a sua “ressocialização”, conforme expresso na Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, reflete os objetivos autoritários da referida lei. O condenado deixa de ser sujeito de direitos para se tornar objeto a ser transformado e moldado, segundo os parâmetros estabelecidos pela sociedade, em determinado momento histórico.

O princípio da dignidade da pessoa, fundamento do Estado Democrático de Direito inaugurado com a Constituição Federal de 1988, bem como outros princípios decorrentes do princípio democrático, como a liberdade de consciência e de autodeterminação não se coadunam com um sistema assim estruturado.

Conforme acentua **Ferrajoli (2002, p. 220)**, “(...) qualquer tratamento penal voltado para a alteração coercitiva da pessoa adulta com fins de recuperação ou de integração social, não apenas atinge a dignidade do sujeito tratado, mas também um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito que (...) traduz-se no igual respeito das diversidades e na tolerância de qualquer subjetividade humana”.

E acrescenta: “Em perfeita coerência com as culturas autoritárias que as orientam, as doutrinas correionistas foram as prediletas de todos os sistemas políticos totalitários, em que justificaram modelos e práticas penais ilimitadamente repressivas, paternalistas, persuasivas, de aculturação coagida e de violenta manipulação da personalidade do condenado” (**Ferrajoli, 2002, p. 221**).

A ressocialização do condenado, no sistema constitucional vigente, não pode constituir-se em objetivo a ser alcançado a qualquer preço e, mais, condição para a sua liberdade. Entretanto, essa prática continua viva e extremamente arraigada na consciência social, em total incompatibilidade com os princípios democrático e da dignidade da pessoa que informam o sistema constitucional.

O exame de personalidade, segundo **Mirabete (1994, p. 60)**, obrigatório para

→ todos os condenados à pena privativa de liberdade, “(...) é um exame genérico da personalidade, no qual se investiga o caráter, as tendências e a inteligência do condenado”. Deve constituir-se em exame biológico do condenado, a ser realizado a partir de exames especializados, como por exemplo, físicos, neurológicos, eletroencefalográfico, endocrinológico, etc., bem como exames psicológico, psiquiátrico e social.

O exame criminológico, obrigatório para os condenados em regime fechado e facultativo para os condenados em regime semi-aberto, segundo a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, é uma espécie do gênero exame da personalidade e parte “(...) do binômio delito-delinquente, numa interação de causa e efeito, tendo como objetivo a investigação médica, psicológica e social, como reclamavam os pioneiros da *Criminologia*” (Mirabete, 1994, p. 61).

A obrigatoriedade de exames dessa natureza viola, flagrantemente, o princípio da liberdade de autodeterminação e a dignidade da pessoa, pois eles constituem invasão à individualidade do condenado, não alienada em razão da sentença condenatória.

Se a individualização da pena constitui garantia fundamental do condenado, com certeza, não há que ser realizada dessa forma. A finalidade da individualização da pena, no Estado Democrático de Direito, deve restar circunscrita à adequação da execução da pena às aptidões do condenado, de forma a torná-la o menos afliativa possível e oportunizar a ele o desenvolvimento dessas aptidões e de sua personalidade, com dignidade, respeitado o princípio da autonomia da vontade.

O condicionamento da concessão de “benefícios prisionais” — expressão adequada ao modelo paternalista e autoritário que a Lei de Execução Penal engendra — à adequação da personalidade do condenado aos parâmetros sociais, como *exempli gratia* a progressão de regime e o livramento condicional, era outro aspecto antigarantista do sistema.

Com efeito, os resultados obtidos a partir dos exames criminológicos, pela impossibilidade de sua verificação empírica, revelavam-se totalmente irrefutáveis. Ressalte-se que uma das principais características do modelo acusatório-garantista é, segundo Ferrajoli (2002), a possibilidade de refutação das hipóteses probatórias. A ausência dessa possibilidade conduz ao que denomina “decisionismo processual” que, segundo o autor, é, ao lado do substancialismo penal, o segundo elemento da epistemologia antigarantista e consiste no “(...) caráter não cognitivo, mas potestativo

do juízo e da irrogação da pena. O decisionismo é o efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da conseqüente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e defesa social” (Ferrajoli, 2002, p. 36).

A irrefutabilidade das conclusões dos exames criminológico e de personalidade, pela impossibilidade de sua verificação empírica, fulmina as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa do condenado no processo de execução penal.

Ademais, o condicionamento da concessão da progressão de regime e livramento condicional ao mérito do condenado, verificado pelo exame de sua personalidade, bem como pela constatação de condições pessoais que façam presumir que ele não mais voltará a delinquir, conforme expresso no artigo 83, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro, afronta, além do princípio democrático, o princípio da presunção de inocência, esculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

O princípio democrático, como já salientado, substancia-se na liberdade, que tem o indivíduo de ser como bem quiser, e no respeito, pelos demais integrantes do corpo social, da sua subjetividade. Condicionar o direito subjetivo de liberdade corporal à adequação de sua personalidade aos padrões determinados pela sociedade significa violar princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

De outro lado, argumenta-se, desavisadamente, que o condenado, após a sentença penal condenatória, não mais pode ser beneficiado pela presunção de inocência, afastada pela condenação. Ocorre que a presunção de reincidência ou de periculosidade diz respeito a fatos futuros não alcançados pela condenação, e sua admissão, no processo de execução penal, representa, indiscutivelmente, violação à garantia processual da presunção de inocência.

Os prognósticos de reincidência realizados com base nos exames criminológico e de personalidade são, pois, incompatíveis com o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. É inconcebível, em um Estado em que se admite como presunção, unicamente, a inocência, aceitar-se uma presunção de reincidência ou de periculosidade, apta a vedar o acesso ao direito de liberdade pelo condenado.

Outro aspecto relevante da obrigatoriedade da submissão do condenado aos exames criminológico e de personalidade está na sua afronta ao princípio *nemo tenetur se detegere*, como anota Lopes Ju-

nior (2002, pp. 443-476). O direito de não produzir prova contra si mesmo foi consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos e incorporado ao sistema brasileiro, com *status* de norma constitucional, por força do disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Essa garantia, indiscutivelmente aplicável em um processo de execução penal acusatório-garantista, em que o condenado é considerado sujeito de direitos e não objeto da execução, impede que ele seja compelido a participar de exames biológicos, psicológicos, psiquiátricos ou sociais, não podendo sua recusa ser valorada de forma prejudicial. Entretanto, na prática, como anota Lopes Junior (2003), para o discurso psiquiátrico, “(...) o (direito de) silêncio é extremamente prejudicial para o apenado, refletindo-se em parecer contrário ao direito pleiteado” pois, “(...) o apenado que não ‘colabora’ é visto como indisciplinado, perigoso, ‘reticente em aceitar ajuda’”.

Os objetivos propostos pela Lei de Execução Penal e os instrumentos eleitos para a consecução desses objetivos, se refletiam os ideais autoritários de um regime de exceção vigente à época de sua edição, não mais se compatibilizam com o Estado Democrático de Direito.

Compete, pois, ao intérprete, até que a mudança legislativa se consolide para adequar a legislação infraconstitucional aos princípios garantistas vigentes, conferir à Lei de Execução Penal uma interpretação consentânea com os fins a serem alcançados pela nova ordem constitucional, afastando, se necessário, a aplicação de determinados institutos que não puderem ser interpretados conforme a Constituição.

A ressocialização do condenado, como já se anotou anteriormente, não mais pode ser colocada como um fim a ser alcançado a qualquer preço. Deve ser entendida, tão-somente, como o meio, colocado à disposição do condenado para, respeitada a sua individualidade e vontade, desenvolver suas aptidões e personalidade e, assim, alcançar-se o fim maior, qual seja, o respeito a sua dignidade durante o processo de execução penal.

O mesmo se diga quanto à classificação dos condenados. Essa providência inicial, considerada pela Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal como indispensável à individualização da pena, não pode consistir em uma investigação invasiva da intimidade do condenado, mas tão-somente a coleta de informações necessárias, respeitada a autonomia da sua vontade, para que seja possível ao Estado oportunizar a ele o desenvolvi-

mento de suas aptidões e personalidade durante a execução da pena.

A extinção do exame criminológico como condição para a obtenção da progressão do regime e do livramento condicional representou, assim, um grande passo rumo à implementação de um processo de execução penal efetivamente garantista, em consonância com as opções do constituinte de 1988, apesar de não ter sido essa, como já dito, a intenção do legislador.

Essa implementação, entretanto, dependerá da conscientização da sociedade, intérprete maior da Constituição (Härbele, 1997), sobre a necessidade da efetividade das normas constitucionais,

como forma de fortalecimento do próprio Estado Democrático de Direito, ainda não efetivamente realizado, diante de herança ditatorial não totalmente abolida do sistema e que ainda remanesce como chama fumegante na consciência do povo brasileiro. ◉

### Referências Bibliográficas

- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, tradução de Ana Paula Zomer et al., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*,

tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

LOPES JUNIOR, Aury. “A (im)prestabilidade jurídica dos laudos técnicos na execução penal”, *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 11, nº 123, pp. 11-13, fev. 2003.

\_\_\_\_\_. “A instrumentalidade garantista do processo de execução penal”. In: CARVALHO, Salo de (org.), *Crítica à Execução Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 1994.

**Fabiana Lemes Zamalloa do Prado**

Promotora de justiça em Goiânia/GO, mestranda do Programa de Mestrado em Direito, área de concentração em Ciências Penais da Universidade Federal de Goiás

## A FLUIDEZ DO BEM JURÍDICO PATRIMÔNIO CULTURAL E O CRIME DE DANO AMBIENTAL CULPOSO

Mohamad Ale Hasan Mahmoud

É da tradição jurídico-penal não punir o dano culposos, justamente porque a lesão, em tais casos, teria o colorido próprio do Direito Privado<sup>(1)</sup>. Contudo, com a evolução das relações sociais e pela promoção constitucional do meio ambiente e do patrimônio cultural a patamar assaz elevado, o legislador de 1998 entendeu por bem criminalizar a conduta culposa do dano em bens que integrem o patrimônio cultural. Assim, consta da Lei nº 9.605/98:

“Art. 62. Destruir, inutilizar ou deteriorar:

I - bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;

II - arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime for culposos, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa.”

Segundo o entendimento de Ivette Senise Ferreira, o patrimônio cultural integra o meio ambiente; trata-se do meio ambiente artificial, composto por vários elementos que não foram herdados da natureza, mas que foram construídos pelo homem.

A Constituição Federal fornece as diretrizes a serem seguidas a fim de se estabelecer os contornos dos bens que compõem o patrimônio cultural:

“Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e

imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.”

Há, então, dois grandes campos de proteção da manifestação cultural humana. O primeiro relaciona-se com as raízes históricas dos povos formadores da sociedade brasileira; o segundo, mais amplo, envolve as manifestações artísticas que representam os modos de ser,

de agir e o gênio criador brasileiro.

Logo, somente haverá acomodação típica no art. 62 da Lei nº 9605/98, quando o comportamento do sujeito for agressivo a bem que cristalize os valores proclamados na Carta Magna. O tipo penal disciplina as condutas de destruir, inutilizar ou deteriorar bens que sejam protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial. Contudo a determinação da proteção é vinculada — pela Constituição — àqueles dois grandes campos. Esta vinculação é fundamental, como adverte Paulo Affonso Leme Machado: “Pouco representativa e até defeituosa seria a conservação natural, se casuística e episodicamente se cuidasse da proteção de um ou outro momento cultural”<sup>(2)</sup>. E lembra Giannini, para quem a concepção de bem cultural “atinge a coisa como testemunho material da civilização”<sup>(3)</sup>.

É elementar: todo crime doloso requer que a vontade e a consciência abarquem todas as elementares típicas. Assim, no crime de dano ao patrimônio cultural, o agente deverá ter consciência de que se trata de bem especialmente protegido por um dos comandos normativos citados. Ora, trata-se claramente de elemento normativo do tipo, ensejador da tormentosa tarefa de se discutir sobre a natureza do erro que recai sobre a norma que complementa o tipo: se erro de tipo ou erro de proibição. Jorge de Figueiredo Dias, em extenso trabalho sobre a potencial consciência da ilicitude, apresenta as diversas correntes acerca de tal modalida-

de de erro. Merece particular destaque o seguinte trecho: “*A medida, pois, que assim nos vai escapando o fundamento da aludida diferenciação, mais insistente se tornará a suspeita de que, ao exigir-se para o dolo uma qualquer valoração dos elementos normativos, se está a ceder (permita-nos a expressão) a uma certa ‘nostalgia’ da teoria que exige para o dolo a consciência da ilicitude e a reconhecer, ainda que à força, a sua originária verdade implícita! E não é um receio infundado. Pois foi afinal partindo daqui que Arthur Kaufmann pôde afirmar que o conhecimento dos elementos normativos exprime já, eo ipso, o conhecimento da danosidade do facto como um todo, ou seja, a consciência da ilicitude material*”<sup>(4)</sup>.

O professor **Vicente Greco Filho**, nas aulas do curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, apresentou sua visão sobre o tema. Pare ele, se faltar a consciência de ilicitude com relação a todo o universo tutelado, há erro de proibição. Contudo, se for particularizada a falsa percepção da realidade, tem-se erro de tipo. Dois exemplos aclararão a tese.

(i) O holandês que chega ao Brasil e porta entorpecente para consumo, comete erro de proibição; para ele, de acordo com seus valores, a tal conduta não é criminosa qualquer que seja a substância. (ii) A pessoa que, confundida por sucessivas entradas e saídas de uma certa substância do rol daquelas vedadas, ao portá-la para consumo, laboraria em erro de tipo.

Se, mesmo no campo do crime doloso já é por demais delicado o problema de se estabelecer a consciência da ilicitude sobre a proteção deste ou daquele bem do patrimônio cultural, tal se agrava no plano do crime culposos. Este âmbito de proteção da norma — conteúdo valorativo cultural — na Europa já suscitou acautelados questionamentos, conforme lembra **Paulo Affonso Leme Machado**: “*não se pode pôr de lado que a nível local as pressões e as influências das amizades e do clientelismo eleitoral se fazem sentir mais de perto, levando um expoente da conservação cultural na Itália, o jurista Massimo Severo Giannini, a afirmar que a aplicação das normas revela a procedência de diversas críticas, pois ‘o procedimento de declaração de beleza de um conjunto paisagístico é confuso e nisso intervêm comissões provinciais, as quais, no passado, eram compostas por um incrível número de patifes (cialtroni) e de representantes de grupos de interesse privado’*. Na França, igualmente, existe essa mesma preocupação”<sup>(5)</sup>.

Trata-se de um setor muito fluido de tutela, justamente porque o conceito de valor cultural pode — muitas vezes — não ser apreendido pela sociedade, glo-

balmente. Como o patrimônio cultural é de titularidade indeterminada, não é, porque um juiz ou um prefeito — *per fas et per nefas* — resolveu atribuir “proteção”, que tal gerará nos membros da sociedade a consciência de que se trata de algo merecedor de preservação. Reforça-se: se a tutela já é difícil no plano do crime doloso, no âmbito do delito culposos a tarefa é mais espinhosa ainda.

Um exemplo pode tornar mais clara a inviabilidade do mencionado tipo penal culposos. Imagine a pequena cidade X, na qual a esposa do prefeito se considera uma grande escultora. Após concluir o que ela imagina — e somente ela — ser uma obra de arte, o prefeito, visando agradá-la, dispõe a estátua na praça central da cidade, em cerimônia pomposa, baixando decreto para proteger aquilo. Os munícipes, que sempre praticam esportes na praça, continuaram a fazê-lo, apesar da tal estátua atrapalhar um pouco. Em dado dia, durante um jogo de futebol, num lance infame, um sujeito além de errar o gol, de modo imprudente, danifica a mencionada escultura.

Como o núcleo do crime culposos é a violação do cuidado objetivo necessário, cumpre perquirir sobre a diligência, naquelas circunstâncias. A colocação daquela escultura na praça não gerou preocupação na população. Pelo contrário, culminou apenas por atazanar aqueles que ali jogavam bola. Se a escultura aos munícipes não era cara, isso não gerou o espontâneo acatamento do dever de cuidado. Diferente seria, por exemplo, caso se tratasse de um bem de conformação absoluta: a vida vale porque é de um ser humano, independentemente de quem seja. Por outro lado, para que uma escultura possa ensejar a tutela penal, não basta que pura e formalmente haja um comando normativo de proteção. Este precisa ser, substancialmente, apto a coagular um valor. **Juarez Tavares**, ao examinar o tipo penal culposos, ensina: “*Nesta área é de se levar em conta o conhecimento especial do autor, bem como a gravidade do perigo, e o valor do bem jurídico (neste sentido Jescheck, Lehrbuch, p. 468)*”<sup>(6)</sup>.

Assim, quando o sujeito danifica dolosamente um bem do patrimônio cultural, ele o faz porque consciente e volitivamente investe contra a integridade da coisa. Quando este comportamento é culposos, o sujeito precisa desrespeitar um dever que, na hipótese em exame, não deflui pura e simplesmente de uma ordem; mas deve relacionar-se com um marco histórico ou uma manifestação cultural contemporânea. Logo, se houver, por exem-

plo, uma ação que reconheça a inconstitucionalidade da norma que estabeleceu a proteção, as condutas praticadas durante sua vigência seriam atípicas *ex tunc*, justamente porque materialmente não representavam bens jurídicos, penalmente relevantes. Não que seja necessária a tal ação, mas cumpre ao juiz verificar, em concreto, se existia, à luz da Constituição, o dever objetivo de cautela.

Logo, entende-se que, independentemente do sítio da consciência da ilicitude nos tipos em que houver elemento normativo do tipo, o valor do bem deve passar o espírito do agente: tanto no crime doloso quanto no crime culposos. Ademais, num país em que viceja a ignorância acerca do que seja culturalmente relevante, nada mais correto do que não punir o agente que *culposamente* danifica tais bens. Essa é a melhor saída, em termos de realidade social, ou de política criminal. Não se pode admitir, por outro ângulo, que se queira utilizar o rigor e o caráter estigmatizante do Direito Penal para o fim de forçar as pessoas a respeitarem os bens coativamente estabelecidos como culturais<sup>(7)</sup>. A cultura não é imposta, mas algo que brota e viceja naturalmente da evolução do povo, destacando **Abbagnano**, como seus ingredientes: a liberdade e a civilização<sup>(8)</sup>. ●

## Notas

- (1) Valiosas são as críticas apresentadas por **Miguel Reale Júnior** em “*A Lei dos Crimes Ambientais*”, In: *Separata Revista Forense*, São Paulo, Forense, 1999, v. 345.
- (2) *Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 856.
- (3) *Op. cit.*, p. 868.
- (4) *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1978, pp. 469.
- (5) *Op. cit.*, p. 866.
- (6) *Direito Penal da Negligência*, São Paulo, RT, 139.
- (7) Ademais, trabalhando-se com resposta que varia de seis meses a um ano de detenção, que provavelmente se convolará em cestas básicas, a fim de preservar a dignidade do Direito Penal, o ideal é manter a conduta nos lindes administrativos ou civis.
- (8) **Abbagnano** cita **Kant**, para quem: “*A produção, em um ser racional, da capacidade de escolher os próprios fins em geral (e portanto de ser livre) é a cultura. (‘Crit. do Juízo’, § 83)*”; e **Spendler**: “*A civilização é o destino inevitável de uma cultura*” (*Dicionário de Filosofia*, trad. **Alfredo Bosi**, São Paulo, Mestre Jou, 1982, pp. 209-213).

**Mohamad Ale Hasan Mahmoud**

Mestre e doutorando em Direito Penal pela USP, professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da Uninove/SP e advogado

# APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO DA LEI Nº 9.099/95 AOS CRIMES INVOCADOS NO ARTIGO 94 DO ESTATUTO DO IDOSO

Carla Campos Amico e Rodrigo Martins da Câmara

APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO DA LEI Nº 9.099/95 AOS CRIMES INVOCADOS NO ARTIGO 94...

Com a entrada em vigor da Lei nº 10.741/03, grande celeuma se formou quanto à abrangência do artigo 94 que dispõe: “Aos crimes previstos nesta lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal”.

A doutrina passou a questionar se o dispositivo de lei citado: 1) alterou a definição de infração penal de menor potencial ofensivo (Lei nº 9.099/95, artigo 61 c/c Lei nº 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único) para alcançar não só os crimes previstos na Lei nº 10.741/03, mas todas as infrações penais cuja pena máxima em abstrato não ultrapasse 4 (quatro) anos; 2) sem alterar a definição de infração penal de menor potencial ofensivo, permitiu somente a aplicação do procedimento sumaríssimo ou possibilitou a aplicação de todo o procedimento previsto na Lei nº 9.099/95 aos crimes descritos na Lei nº 10.741/03 cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos.

Para solucionar o impasse, diversas correntes de pensamento foram firmadas:

1. foi derogado o artigo 61 da Lei nº 9.099/95 que já havia sido alterado pelo artigo 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, e em face da lei nova, foi modificada a definição de menor poder ofensivo, passando a ser todos os delitos, cuja pena máxima abstrata não ultrapasse 4 (quatro) anos, da competência do Juizado Especial Criminal<sup>(1)</sup>;

2. aos crimes definidos pela Lei nº 10.741/03, desde que a pena máxima abstrata prevista não ultrapasse 4 (quatro) anos, é somente aplicável o procedimento sumaríssimo previsto na Lei dos Juizados Especiais Criminais<sup>(2)</sup>;

3. a todos os crimes previstos na Lei nº 10.741/03, desde que a pena máxima abstrata prevista não ultrapasse 4 (quatro) anos, é somente aplicável o procedimento sumaríssimo, sendo ampliada a competência do Juizado Especial Criminal<sup>(3)</sup>;

4. o artigo 94 não alargou o rol das infrações penais de menor potencial ofensivo, sendo o limite de dois anos mantido pelo artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01, não cabendo a incidência de qualquer instituto despenalizador inserido na Lei nº 9.099/95, por não se ajustar o disposto na lei à norma constitucional

(artigo 230), o que implica na sua inconstitucionalidade<sup>(4)</sup>;

5. o artigo 94 transformou em infração penal de menor potencial ofensivo todos os crimes previstos no Estatuto do Idoso, cujo máximo da pena privativa de liberdade não exceda a quatro anos, devendo o procedimento tramitar perante o Juizado Especial Criminal<sup>(5)</sup>.

Previu o Estatuto do Idoso, nas disposições gerais, que para os delitos nele descritos, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, seja aplicado o procedimento previsto na Lei nº 9.099/95. Estabelecer a abrangência do termo procedimento inserido no dispositivo legal permite a elucidação da questão posta.

Procedimento é “o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo”<sup>(6)</sup>.

O artigo 94 da Lei nº 10.741/03, ao prever a aplicação do procedimento da Lei nº 9.099/95, não alterou a definição de infração penal de menor potencial ofensivo, permanecendo aquela indicada pelas Leis nºs 10.259/01 (artigo 2º, parágrafo único) e 9.099/95 (artigo 61), autorizadas pelo artigo 98, inciso I, da Constituição Federal (norma constitucional de eficácia limitada): “consideram-se infrações de menor potencial ofensivo os crimes e as contravenções penais a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”.

O Estatuto do Idoso, na realidade, adotou fórmula semelhante àquela do artigo 291 da Lei nº 9.503/97 que previu a aplicação da composição dos danos civis, da transação penal e da representação aos crimes de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante e de participação em competição não autorizada, resguardadas as peculiaridades de cada delito, sem modificar a definição de infração penal de

menor potencial ofensivo<sup>(7)</sup>.

O procedimento da Lei nº 9.099/95, invocado pelo artigo 94 da Lei nº 10.741/03, sem alterar a definição de infração penal de menor potencial ofensivo, a qual somente poderia ocorrer através de lei específica, abrange a fase pré-processual (audiência preliminar) e a processual (procedimento sumaríssimo). Os institutos despenalizadores previstos para a fase pré-processual (composição dos danos

civis e transação penal) e para a processual (suspensão condicional do processo) têm natureza mista (material e formal) e, quando acordados, viabi-

lizam a extinção da punibilidade do Estado em relação ao autor do fato.

Poder-se-ia argumentar, quanto à composição dos danos (artigo 72 da Lei nº 9.099/95), que não teria aplicação aos crimes previstos na Lei nº 10.741/03, por serem todos de ação penal pública incondicionada (artigo 95).

No entanto a natureza da ação penal não impede a composição dos danos civis porventura existentes; ao contrário, a Lei dos Juizados Especiais incentiva o acordo civil e o penal, independentemente do tipo de ação, quando informa que os objetivos da audiência preliminar são a composição dos danos e a aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Na realidade, as consequências do êxito da composição dos danos é que diferem dependendo do tipo de ação penal. Em sendo a infração penal de ação privada, ou pública condicionada à representação, o acordo civil acarreta a renúncia ao direito de queixa ou de representação.

Já a realização da composição civil na ação penal pública incondicionada, que é orientada pelo princípio da obrigatoriedade, não ocasiona a sua renúncia. No entanto, pode ensejar a ausência de justa causa para a ação penal ou ser considerada como atenuante, na fixação da pena (Código Penal, artigo 65, inciso III, alínea b), o que demonstra a sua utilidade.

Quanto à transação penal, o artigo 76 da Lei nº 9.099/95 prevê a possibilidade de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, sem a instauração do processo criminal. Para a sua conces-

## O artigo 94 da Lei nº 10.741/03, ao prever a aplicação do procedimento da Lei nº 9.099/95, não alterou a definição de infração penal de menor potencial ofensivo.

Carla Campos Amico e Rodrigo Martins da Câmara

→ são é necessário que o autor do fato preencha certos requisitos (§ 2º) e aceite cumprir a pena (medida) imposta, que tem por parâmetro o previsto para a sentença penal condenatória. A inadimplência da obrigação assumida, na ação penal pública, propiciará a denúncia e o início da ação penal<sup>(8)</sup>.

Argumenta-se que a possibilidade da transação penal a certos crimes definidos no Estatuto do Idoso atenta contra a Constituição Federal (artigo 230) e o fim precípuo da Lei nº 10.741/03 que é o amparo, a garantia e a proteção aos direitos dos idosos.

A transação penal, longe de se revestir em instrumento de impunidade ou simples concessão de benefício ao autor do fato, representa a agilização da prestação jurisdicional do Estado que, aplicando imediatamente a pena (medida), evita a instauração do processo criminal e propicia, com a utilização de um procedimento mais célere, a reparação do dano sofrido pela vítima idosa, na própria esfera penal. A declaração da extinção da punibilidade pelo Estado, com o cumprimento das obrigações assumidas pelo autor do fato, nada mais é que a decorrência natural do pacto celebrado.

Desde que haja previsão, como sói acontecer com o artigo 94 da Lei nº 10.741/03, não há que se falar em inconstitucionalidade do dispositivo de lei que prevê a aplicação da transação penal, pelo simples fato de figurar como vítima a pessoa idosa e daí se presumirem violados os objetivos de amparo, garantia e proteção aos seus direitos.

Convém observar que, embora descritos na Lei nº 10.741/03, os delitos tipificados nos artigos 96, 97, *caput* e parágrafo único primeira parte, 99, *caput*, 100, 101, 103 e 104 são infrações penais de menor potencial ofensivo, de competência do Juizado Especial Criminal, para os quais se aplicam os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, mesmo figurando como vítima a pessoa idosa.

A previsão de aplicação do procedimento sumaríssimo aos crimes definidos no artigo 94 da Lei nº 10.741/03, por sua vez, invoca o constante interesse do Estado em propiciar a eficiente e célere resposta à pretensão invocada.

No rol dos crimes da Lei nº 10.741/03,

além de infrações penais de menor potencial ofensivo (artigos 96, 97, *caput* e parágrafo único primeira parte, 99, *caput*, 100, 101, 103, 104 e 109), encontram-se crimes punidos com detenção (artigos 97, parágrafo único *in fine*, 98 e 105) e com reclusão (artigos 99, §§ 1º e 2º, 102, 106, 107 e 108).

A inovação contida no artigo 94 da Lei nº 10.741/03 limita-se a prever a aplicação do procedimento da Lei nº 9.099/95 ao crime

punido com detenção ou reclusão, desde que a pena máxima seja superior a 2 (dois) e não ultrapasse 4 (quatro) anos.

Seguirão o procedimento indicado pela Lei nº 9.099/95 os crimes definidos

nos artigos 97, parágrafo único, *in fine*, 98, 99, § 1º, 102, 105, 106 e 108 da Lei nº 10.741/03. Os demais serão processados pelo rito ordinário (artigos 99, § 2º, e 107).

A competência para a aplicação do procedimento previsto na Lei nº 9.099/95 aos delitos punidos com detenção ou reclusão, desde que a pena máxima seja superior a 2 (dois) e não ultrapasse 4 (quatro) anos, indicados na Lei nº 10.741/03, é da justiça ordinária (comum), já que não foi alterada a definição de infração penal de menor potencial ofensivo, o que afasta a competência constitucional do Juizado Especial Criminal para o processo, o julgamento e a execução dos crimes cuja pena máxima, em abstrato, ultrapasse 2 (dois) anos.

O procedimento a que se refere o artigo 94 da Lei nº 10.741/03 abrange a lavratura do termo circunstanciado, a realização de audiência preliminar para a composição e transação penal (quando possíveis), a feitura da denúncia oral (alcançando o caso complexo), a citação do denunciado (pessoal ou ficta) e a audiência de instrução e julgamento (defesa prévia, recebimento da denúncia, ouvida da vítima e testemunhas, interrogatório, debates orais e sentença).

Não alterando a definição de infração penal de menor potencial ofensivo, tampouco atentando contra os princípios orientadores da Constituição Federal e do Estatuto do Idoso, o disposto no artigo 94 da Lei nº 10.741/03 importa na aplicação, perante o juízo ordinário, do procedimento previsto na Lei nº 9.099/95 aos crimes descritos na Lei nº 10.741/03 cuja pena máxima privativa de liberdade seja superior a 2 (dois) e não ultrapasse 4 (quatro) anos. ●

## Notas

- (1) **JOPPERT, Alexandre Couto**. “Ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo e Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso)”. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, nº 239, 3 mar. 2004. Disponível em: [www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4921](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4921). Acesso em: 05 out. 2004.
- (2) **JESUS, Damásio E. de**. “Notas críticas a algumas disposições criminais do Estatuto do Idoso”. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, nº 239, 3 mar. 2004. Disponível em: [www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4894](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4894). Acesso em: 05 out. 2004. **MARCÃO, Renato Flávio**. “Infração penal de menor potencial ofensivo: o art. 94 da Lei nº 10.741/2003 não determinou nova definição do conceito”. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 221, 13 fev. 2004. Disponível em: [www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4820](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4820). Acesso em: 05 out. 2004.
- (3) **FREITAS, Jayme Walmer de**. “O Estatuto do Idoso e a Lei nº 9.099/95”. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 180, 2 jan. 2004. Disponível em: [www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4655](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4655). Acesso em: 05 out. 2004.
- (4) **DIAS, Marcus Vinicius Viveiro**. “Lei nº 10/741/03 - Estatuto do Idoso - Aspectos penais precípuos” (publicada no *Jornal Síntese* nº 80 - outubro/2003, p. 3). CD - *Juris Síntese Millennium* - Julho/Agosto de 2004.
- (5) **PIMENTEL, Érica**. “A Competência do JECRIM & artigo 94 do Estatuto do Idoso”. Disponível em: [www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/penal/estatuto-idoso-erikapimentel.PDF](http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/penal/estatuto-idoso-erikapimentel.PDF). Acesso em: 05 out. 2004.
- (6) **CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel**. *Teoria Geral do Processo*, 9ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 235.
- (7) Supremo Tribunal Federal, *HC* nº 81510/PR, 1ª T., rel. min. **Sepúlveda Pertence**, *DJU* 12.04.2002, p. 54; Tribunal de Alçada de Minas Gerais, *ACr* nº 0391951-9, 1ª C., rel. des. **Eduardo Brum**, j. em 28.05.2003.
- (8) Supremo Tribunal Federal, *HC* nº 79572/GO, 2ª T., rel. min. **Marco Aurélio**, *DJU* 22.02.2002, p. 34.

**Carla Campos Amico**

Promotora de Justiça da Comarca de Natal-RN, professora de Processo Penal da Universidade Potiguar, especialista em Criminologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte e especialista em Processo Penal pela Universidade Potiguar e Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte

**Rodrigo Martins da Câmara**

Assessor ministerial do procurador-geral de Justiça do Rio Grande do Norte, pós-graduando em Direito e Cidadania pela Universidade Potiguar e Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte

O termo “diversão” procede do âmbito jurídico anglo-americano, do início dos anos 70, e significa o conjunto de processos usados pelas instâncias formais ou informais de controle, com vista a alcançar uma solução de conflitos jurídico-penais fora do sistema formal de aplicação da Justiça Penal (pelo menos, antes do momento jurídico-processual de determinação da culpa e/ou sanção<sup>(1)</sup>), afastando correspondentemente as pessoas daquele sistema e do respectivo “corredor da delinquência”, ou de parte deles. O movimento de diversão lastreia-se na preferência às respostas de tipo societário não estadual<sup>(2)</sup> sobre as respostas de tipo centralista<sup>(3)</sup> e estatizante, sobretudo no tratamento da pequena e média criminalidades.

Esse movimento radica no mesmo patrimônio de idéias do movimento de desjudicialização: a) o Direito Penal somente pode intervir onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre desenvolvimento e realização da personalidade de cada homem; b) o Direito Penal, em face disso, não está legitimado a intervir sobre condutas que não violem um bem jurídico, por mais imorais, associas ou politicamente indesejáveis que sejam; c) mesmo quando uma conduta viole um bem jurídico, os instrumentos jurídico-penais ainda devem ficar fora da questão sempre que a violação possa ser suficientemente controlada ou contrariada por instrumentos não criminais de política social; a necessidade social torna-se um critério decisivo de intervenção do Direito Penal, assim arvorado em *ultima* ou *extrema ratio* da política social<sup>(4)</sup>.

Contrário à idéia, Teubner<sup>(5)</sup> entende que o retorno à justiça informal resultaria num abandono da sorte dos conflitos às existentes constelações de poder social; além do mais, as propostas fundadas nessa idéia parecem menosprezar certos aspectos cruciais de uma resolução dos conflitos operada em um cenário de separação funcional dos papéis sociais, que caracteriza a sociedade moderna, e ainda subestimam a função do Direito no universo social funcionalmente diferenciado, consistente na utilização prospectiva dos conflitos como veículo de generalização e sedimentação de expectativas sociais congruentes.

Volk<sup>(6)</sup>, por outro lado, defende que os métodos processuais “desenvoltos”, fundados na aceleração do procedimento, constituem formas de reforço e tendência de judiciorização, quando a tutela do bem jurídico surge insuficientemente

garantida. O surgimento das formas de diversificação apresenta-se, outrossim, como uma tentativa de manter a amplitude do alcance do sistema a partir da redução dos custos processuais gerados pela persecução penal.

Do movimento da diversão se espera o efeito político-criminal de impedir a estigmatização<sup>(7)</sup>, altamente criminógena, da submissão ao sistema formal à Justiça Penal e, especificamente, da aplicação de sanções criminais. Com isso, busca-se evitar a dessocialização do delinquente ou favorecer a sua socialização, sem fazer cair abaixo dos limites mínimos exigíveis o efeito estabilizador das expectativas comunitárias, que à ordem jurídica pertence tutelar.

É no âmbito da política processual penal que se deve discutir e avaliar as realizações e os resultados da diversão. Tal procedimento servirá para afastar a generalidade das críticas dirigidas ao movimento e, sobretudo, conferir aos procedimentos de diversão um sentido positivo que os torne instrumentos político-criminais inestimáveis, justificados não apenas por uma “lógica de produtividade” — derivada da necessidade de aliviar o sobrecarregado sistema formal de controle —, senão que, outrossim, por uma “lógica de justiça”. E cabe, nesses procedimentos, papel fundamental ao Ministério Público, principalmente através da concessão — que por lei lhe seja feita dentro de certos parâmetros e condições — de um princípio de oportunidade da prossecução processual, bem como através da criação, pela lei, de formas processuais cooperativas, ou de consenso, em termos de criminalidade de bagatela.

A diversão culminou por interferir na adoção de um princípio em sede do processo penal, qual seja, o da adequação, constituindo ele a necessidade de se adotar uma diversificação de ritos processuais<sup>(8)</sup>, adequando-os à conformidade da gravidade do delito e da complexidade da sua persecução<sup>(9)</sup>. Ele sugere um tratamento desigual das situações desiguais, voltado para a obtenção de uma igualdade efetiva, forçando-se o abandono do modelo processual único, para qualquer hipótese, em atenção nem tanto a um mero fim de economia processual, e sim a uma maior racionalidade de todo o sistema.

Deve-se ter, contudo, consciência de que, mal estas propostas se formulem, logo se ouvirão vozes a prevenirem os perigos, nelas latentes, de um “convite à preguiça” dos órgãos da administração da Justiça Penal. Maior valor deve-se dar, todavia, à sua ponderação do ponto de vista

político-criminal, ao qual não falta a necessária compreensão de que toda a solução eficaz passa aqui pelo reconhecimento, em maior ou menor medida, do princípio da oportunidade da promoção processual. Mas ponderadas deverão ser, também e sobretudo, as dificuldades a que soluções desse tipo dão lugar do ponto de vista jurídico-constitucional, nomeadamente no que toca ao asseguramento das garantias de defesa<sup>(10)</sup>.

Para que a diversão seja efetuada é necessária a participação voluntária do autor do delito em uma forma qualquer de programa extrapenal, voluntariedade essa no sentido de uma adesão consciente a uma finalidade, que ele próprio aceita como meta a ser atingida livremente. A diversão somente é admissível na resolução de conflitos, quando com ela se maximize a liberdade e a dignidade humana, e se colime a reconciliação do autor do delito com a vítima e a sociedade. A diversão deve sempre ser entendida como uma forma de pacificação de alguns vetores da sociedade.

Elaborada uma apreensão básica sobre o movimento da diversão, cumpre agora tentar elaborar sua tipologia. Assim, verifica-se a *diversão simples* quando o conflito é solucionado imediatamente pela Polícia ou pelo Ministério Público; essa forma de diversão se conjuga mais facilmente com o princípio da oportunidade do que com o da legalidade. Haverá a *diversão encoberta* sempre que o autor do delito tiver a consciência de que ao realizar certos atos, como por exemplo indenizar voluntariamente a vítima, o Ministério Público não o acusará ou, quiçá, não prosseguirá com o processo<sup>(11)</sup>. A *diversão com intervenção*, quando o processo ficar suspenso sob condição do cumprimento das injunções cominadas pelo Ministério Público; verifica-se, aqui, a intercessão de um órgão formal, e a ocorrência de um “regime de prova” antecipado. Por fim, ocorrerá a *diversão por meio de mediação*; esta última se dá desde o simples conflito familiar, com incidência penal, sanado por um mediador qualquer, normalmente um familiar mais velho, ou por alguém que pela sua integridade moral se impõe ao grupo familiar, até a mediação efetuada por específicos órgãos civis para isso constituídos<sup>(12)</sup>.

Um programa de política criminal moderno e de acordo com um Estado Democrático e Social de Direito deve assentar-se, dentre tantos vetores, no da desjudicialização<sup>(13)</sup> ou diversão, com a máxima diminuição da reação formal em favor da reação informal, compatível

➤ veis com a legalidade e igualdade; no da descentralização e desconcentração, com o acesso das pequenas e médias comunidades, não estaduais portanto, à realização de tarefas político-criminais definidas; enfim, no da participação acrescida das pessoas individuais na reação formal e, sobretudo, na informal — principalmente da pessoa da vítima.

Trata-se, aqui, de fazer recuar, o quanto possível, a fronteira da repressão e do tratamento coativo em favor do concerto social, obtida pelo alargamento do âmbito do discurso do consenso e da tolerância; trata-se, em outras palavras, de substituir, o quanto possível, a idéia da “luta pelo direito” que no processo penal tradicional se exprimia, pelo “consenso através do direito” por via de uma fundamental reconstituição dos recursos comunitários. ◻

### Notas

- (1) Tudo que ultrapasse tais momentos já não deve ser considerado como “diversão” em sentido preciso, o que implica, por seu turno e para este efeito, o afastamento das chamadas medidas não institucionais como formas divertidas perante as penas, *rectius*, em face da pena institucional de prisão. Impõe, todavia, também, que as duas instâncias de controle formal presentes sempre no horizonte sejam a Polícia e o Ministério Público (nesse sentido, **Faria Costa**, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1985, v. LXI, p. 93).
- (2) De acordo com **Erik Harremoës**, a Justiça deve inspirar-se nas orientações fundamentais da sociedade e levar em consideração as variações das atitudes individuais e coletivas (...). Disso resulta que, quando a sociedade se transforma, impõe-se uma revisão ou, pelo menos, um reexame das estruturas e das regras tradicionais (*Revue Internationale de Droit Pénal*, nº 1, Association Internationale de Droit Pénal, 1978, p. 147).
- (3) É perceptível a exigência crescente do cidadão a uma maior participação na vida pública, dando-se a tendência à descentralização da organização social. A diversão é compatível com essa forma de exigência, uma vez que ela opera mais eficazmente num sistema descentralizado.
- (4) Neste sentido, **Figueiredo Dias**, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa: Editorial Notícias, 1993, p. 66.
- (5) **Gunther Teubner**, “Juridificação - noções, características, limites e soluções”, *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, a. XIV, pp. 17-100, 1988, *apud* **Fernando Fernandes**, *O Processo Penal Como Instrumento de Política Criminal*, Almedina, 2001, p. 134.
- (6) **Klaus Volk**, “Verità, diritto penale sostanziale e processo penale”, *Il Giusto Processo*, Roma, nº 8, pp. 385/411, 1990, *apud* **Fernando Fernandes**, *O Processo Penal Como Instrumento de Política Criminal*, Almedina, 2001, pp. 136/137.
- (7) Sobre o que se pretende com a “diversão”

nas sociedades modernas, **Faria Costa** manifesta-se no sentido de que se pretende evitar, em primeiro lugar, o estrangulamento do normal (formal) sistema de aplicação da Justiça Penal e de, simultaneamente, aliviar a sobrecarga de trabalho material que sobre ele pesa. É isto pela razão bem simples de que é de considerar-se que, em termos globais e primordialmente, os conflitos de natureza penal devem ser solucionados por órgãos imparciais e independentes. Em segundo lugar, urge manter e intensificar o ideal da reabilitação e redução, ao máximo, da estigmatização individual. *“A nossa sociedade estratifica-se e submerge numa constelação de valores culturais cujo étimo é, entre outros, judaico-cristão. Neste sentido, o universo simbólico que nos serve de referente não deixa, quantas vezes, de ser estigmatizante. Mas, em conseguida harmonia, a estigmatização que se desenvolve e que se incute não tem de modo necessário de ter uma tônica valorativamente negativa. Ela também aponta para compreensões manifestamente positivas. Podemos mesmo adiantar que há um certo equilíbrio entre aquilo que simbolicamente se institui apontar como estigmatização, num ou noutro sentido. Fácil é perceber que a análise deste conteúdo, altamente complexa, em nada faz diminuir o empenho que pomos no valor de redução da estigmatização (negativa) que acompanha, sempre e apesar de tudo, o delinquentes. Porque uma coisa é admitir-se a força do real simbólico que nos circunda e ao qual está hipotecado muito do que somos, outra bem diversa é permitir que órgãos estaduais potências fenômenos de estigmatização. É nosso dever, pois, descartar os modos mais eficazes para que a estigmatização penal seja progressivamente reduzida. E isto é tanto mais de salientar quanto é certo que tal referente normativo não é fruto de uma apressada e mal sedimentada consciência humanitária, mas antes arranca, referindo tão-só os tempos mais próximos, do próprio movimento iluminista, cuja importância e influência é, a tantas luzes, de salientar. E os caminhos para se atingirem aqueles propósitos passam, entre outras coisas, por uma idéia de desconcentração dos aparelhos atinentes à aplicação da Justiça Penal.”* (nota 1, pp. 106/108).

(8) Sabe-se que, em toda parte, se tem concentrado esforços de simplificação e de aceleração do processo penal no âmbito da pequena criminalidade.

(9) Neste sentido, **Fernando Fernandes**, acrescentando que, observados os ordenamentos jurídicos que procuraram introduzir uma estratégia processual diferenciada nos seus subsistemas processuais, particularmente os casos italiano, alemão, português e brasileiro, verificar-se-á que o critério distintivo para cada uma das opções processuais aventadas reside na gravidade do delito, mais propriamente considerada a partir da medida da pena, em abstrato ou em concreto, a incidir em cada caso. Todavia, também fundadas razões fundadas na complexidade probatória podem influenciar essa diversidade processual (nota 5, p. 135).

- (10) Conforme **Figueiredo Dias** in “Para uma reforma global do processo penal português – Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais”, conferência proferida em 23/07/1983, na Ordem dos Advogados do Porto, e em 21/10/1983, na Ordem dos Advogados de Lisboa, pp. 235/236.
- (11) Esta forma de diversão não está isenta de críticas. **Schmidhauser**, por exemplo, entende que num instituto desse tipo tem lugar uma coação indireta e que o infrator rico fica em melhores condições que o infrator pobre (*apud* **Faria Costa**, nota 1, p. 110).
- (12) É o caso que se dá, por exemplo, em Israel, especificamente em Jerusalém, onde antigos funcionários dos assuntos sociais, psiquiatras, psicólogos, advogados, agora já retirados daquilo que é socialmente considerado como função ativa, agrupam-se para funcionarem como órgão capaz de resolver os conflitos de pequena gravidade (**Faria Costa**, nota 1, pp. 109/111).
- (13) Segundo **Anabela Rodrigues**, é uma nova concepção que emerge. Tradicionalmente monolítica e autoritária, estranha a toda a forma de concertação, de transação ou de compromisso, a justiça “imposta”, de caráter unilateral e vertical, que encontra legitimação na transcendência e na autoridade “mística” de que falava **Montaigne**, cede o passo a uma justiça negociada, interativa e horizontal, que procura a composição de interesses, utilizando uma racionalidade dialética. A tendência consensualista na Justiça Penal não é alheia ao movimento de expansão dos direitos fundamentais, mas obedece a uma lógica racionalizadora e de eficácia (...). Quer a justiça negociada, quer a célere, a primeira muitas vezes servindo aos interesses da segunda, não obedecem somente a uma “lógica de produtividade”, mas servem também a uma “lógica de justiça”. A justiça negociada — com limites que a impeçam de se tornar um “negócio sobre a pena”, em que a igualdade das partes repousa numa “ficção” — aparece como a mais adequada, numa sociedade menos estratificada e mais complexa, que, ao mesmo tempo, rejeita a colonização da vida quotidiana pelo direito, na conhecida formulação de **Habermas**. (...). Já quanto à ação penal, se os conflitos legalidade-oportunidade e busca da verdade material-consenso tendem a se resolver no sentido do segundo termo dos binômios — isto é, oportunidade e consenso —, a verdade é que, nem a oportunidade deve servir interesses que vão para além dos interesses iminentes ao Sistema de Justiça Penal, nem o consenso se pode transformar num negócio sobre pena. E assim, em ambos os casos, não devem nortear-se por critérios economicistas em nome do eficientismo (*Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, pp. 228/232).

**Selma Pereira de Santana**  
 Membro do Ministério Público Militar da União, mestre e doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

O procedimento dos crimes dolosos contra a vida e seus conexos — o chamado rito do Júri — é bipartido. A primeira parte, conhecida como *judicium accusationis*, inicia-se com o recebimento da denúncia (eventualmente de queixa-crime, se for o caso de ação penal privada subsidiária) e extingue-se com a sentença de pronúncia, a qual irá determinar se deve ou não o réu ser submetido à segunda etapa — *judicium causae* —, esta a se realizar em plenário, junto ao Conselho de Sentença. O estágio inicial é desenvolvido frente ao juiz singular, de regra o magistrado que irá presidir os trabalhos no Colegiado. Nesse momento o sistema será rigorosamente o mesmo imposto para a maioria dos crimes dolosos, e regular-se-á pelos artigos 394 até 405 do CPP. Assim, seja ou não o crime de competência do Júri, na maioria dos casos, o primeiro movimento será o interrogatório (há ritos em que o réu será ouvido por último — escusado dizer serem estes muito mais consentâneos com os princípios constitucionais, em especial o do contraditório), depois serão ouvidas as testemunhas, produzidas perícias e provas requeridas e, por fim, será a oportunidade para as manifestações da acusação e da defesa, as quais encontram fulcro nos artigos 406 (Júri) e 500 (rito ordinário dos crimes apenados com reclusão).

Como se vê, até aquela ocasião — a das alegações finais — tudo acontece da mesma maneira. Diante das provas coligidas e do que foi dito pelas partes, tem agora o magistrado, convenientemente instruído, de dizer o que sente (sentença). Sendo o crime de competência do juiz singular, estando ele em dúvida, deverá absolver o réu, diante da máxima *in dubio pro reo* (em dúvida, a favor do réu), corolário do princípio do *favor rei* ou *indulgentia principis* (Giuseppe Bettiol. *Instituições de Direito e Processo Penal*, tradução Miguel da Costa Trindade, Coimbra, 1974, p. 295). É como soam os incisos II, IV e VI do art. 386 do CPP. Nesse diapasão, eventual condenação somente se justificaria por um juízo de certeza. Dito de outra maneira: é ônus da acusação provar o que alega na denúncia, de maneira extrema, a que não restem incertezas, já que, em Direito, como quer antigo brocardo jurídico *allegare sine probare et non allegare paria sunt* — alegar e não provar é o mesmo que não alegar (Nicola Framarino dei Malatesta. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, São Paulo: Saraiva, 1960, p. 179).

Nos processos afetos ao Tribunal do Júri, entretanto, doutrina e jurisprudência apontam no sentido de que o verdadeiro julgamento deva se desenvolver no segundo período, eis que o primeiro constituir-se-ia em mero juízo de admissibilidade da acusação. Assim, as duas fontes do Direito antes referidas repetem-se na afirmação de que vigoraria, na fase da pronúncia, o princípio *in dubio pro societate* (na dúvida, em favor da sociedade). Sob este enfoque, somente a prova extreme de dúvidas em favor do réu poderia elidir fosse ele encaminhado ao seu julgador constitucional, o Colégio Popular.

Não se pode, com a devida vênia, concordar com tal inteligência.

Ser julgado por seus pares, nos crimes dolosos contra a vida e conexos (artigos 74, § 1º e 78, I, do CPP), é direito e garantia fundamental. Não é por outra razão que o procedimento em tela encontra-se previsto também no artigo 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição Federal. As garantias fundamentais têm, como se sabe, o escopo de proteger os cidadãos do excessivo avanço do Estado na seara das liberdades individuais. Os direitos unguídos com tal aptidão são de primeira geração, foram escolhidos como norteadores da Carta Política, não podem ser menoscabados e, muito menos, usados contra o interesse da cidadania.

Explica-se: em sendo o caso de julgamento por juiz monocrático, na fase da sentença, restando-lhe dúvida, o que deverá fazer? Evidentemente absolver o réu, pelas razões já expendidas. Quem tem o dever de suplantar a incerteza é, como antes dito, a acusação; não tendo esta logrado êxito, mister seja a lide resolvida em favor da defesa. Segundo aquele entendimento muitas vezes repetido pela maioria, em se tratando de crime doloso contra a vida, **a garantia de ser julgado pelos jurados** impõe não possa o réu ser impronunciado, ou mesmo absolvido sumariamente, se houver dúvida. Isto é, nessa ótica, melhor seria não lhe tivesse o legislador constituinte outorgado tal garantia, porque poderia ele naquele momento processual ser absolvido, ao invés de enviado a julgamento popular.

Dito de outra maneira: naqueles crimes em que o cidadão não tem a garantia de ser julgado por seus iguais, na dúvida deve o juiz absolvê-lo; quando presente a referida prerrogativa, não. E tudo isso no mesmo momento processual.

Poder-se-ia citar a maioria dos manuais, os quais, com pequenas variações, reproduzem-se. Por todos, **Saulo Brum Leal** (*Júri Popular*, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 55): “*Somente com prova indubitosa da excludente é que poderá ser proclamada a absolvição sumária, neste momento processual.*

*A jurisprudência é farta neste sentido, bastando rápida leitura referente ao tema no título em exame”.*

Nem se diga possa ter — de novo o surrado

**Com a inserção do procedimento do Júri no art. 5º da CF, quis o constituinte dizer que ninguém pode ser condenado por juiz togado em se tratado de crime doloso contra a vida. Absolvido pode.**

bordão — “a doutrina e a jurisprudência” tal entendimento em face da gravidade do crime. Figure-se o seguinte exemplo: numa vara única, três denúncias são recebidas na mesma data. Uma por lesão corporal gravíssima (reclusão de 2 a 8 anos), outra por latrocínio (reclusão de 20 a 30 anos) e a última por homicídio simples (reclusão de 6 a 20 anos). O primeiro crime tem a pena menor do que a do crime doloso contra a vida; o segundo, a tem maior. Terminada a instrução, são os autos conclusos ao magistrado para sentença. Nos três casos, restam dúvidas quanto a serem os réus culpados ou inocentes. O juiz, então, diante daquele ensinamento repisado, deve absolver os acusados pelos dois primeiros crimes e enviar o último ao Júri, porque não pode absolvê-lo, em face de ter ele aquela “garantia” sobre a qual já se falou. Ora, melhor seria não tivesse então a referida franquia: poderia ser absolvido desde logo. Quer dizer, a elevação do Júri à condição de direito fundamental, impede, segundo a miopia que se multiplica, seja, de logo, na fase da pronúncia, o cidadão poupado do *strepitus fori*, como aconteceria se para o crime cometido não houvesse aquele privilégio.

Com a inserção do procedimento do Júri no art. 5º da CF, quis o constituinte dizer que ninguém pode ser condenado por juiz togado em se tratado de crime doloso contra a vida. Absolvido pode. E, nas mesmas condi-

ções em que o seria, fosse outra a natureza do delito, ou seja, na presença de dúvida, sob pena de ser este rito mais gravoso ao réu, como de fato tem sido, à luz da cantilena fundada na “doutrina e jurisprudência”.

Vejamos.

Quais são os pressupostos para o recebimento da denúncia? A suspeita de ter havido um crime e indícios de que seja o denunciado o autor. Estes aspectos são analisados, não importando a natureza do delito. A questão deve ser resolvida na instrução. A isso se presta o processo, inclusive, obviamente, a primeira fase do ritual do Júri. Por outro lado, diz o art. 408 do CPP: “se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronuncia-lo-á, dando os motivos de seu convencimento”. Ou seja, o juiz deve estar convencido da existência de um crime, isto é, de um fato típico, antijurídico e culpável, ou, no mínimo, de um injusto típico, para quem entenda não integrar a culpabilidade a estrutura do delito. A segunda parte do tipo processual em testilha, numa visão sistemática, tendo em vista o filtro constitucional — repita-se, porque o Júri é uma garantia do indivíduo —, deve ser interpretada, no que concerne à expressão “indícios”, como sendo estes de tal monta que levariam juiz singular a condenar. Como não pode o magistrado assim agir, pronunciará o réu, enviando-o a quem, com exclusividade, entendendo ser o caso, pode.

Como ensinava o saudoso **Evandro Lins e Silva** (artigo do **Boletim IBCCRIM** n° 100, março/2001): “O juiz lava a mão como Pilatos e entrega o acusado (que ele não condenaria) aos azares de um julgamento no Júri, que não deveria ocorrer, pela razão muito simples de que o Tribunal de Jurados só tem competência para julgar os crimes contra a vida quando este existe, há prova de autoria ou participação do réu e não está demonstrada nenhuma excludente ou justificativa”.

Dizia mais: “Veja-se que o Código de Processo Penal só autoriza a pronúncia quando há indícios suficientes: o adjetivo não está aí colocado por mero capricho ou por enfeite de redação do legislador. Suficiente, segundo o **Aurélio**, é aquilo que satisfaz, que é bastante, apto ou capaz, no caso, de condenar. Em primoroso trabalho sobre o tema, **José Roberto Antonini** mostra, com clareza meridiana, que o in dubio pro societate não passa de uma, frase de efeito sem laços de parentesco com o

nosso sistema jurídico positivo” (Revista dos Tribunais, p. 465).

Citando ainda **Frederico Marques** (*Encerramento da Formação da Culpa no Processo Penal*, p. 129): “Para a pronúncia tem de ser certa a existência do crime e provável a autoria imputada ao réu. Se apenas, razoável a existência do crime, não pode haver pronúncia; e o mesmo se verifica quando tão só possível a autoria que ao denunciado é atribuída”.

“Hoje já se nota ser essa uma nova tendência da doutrina e da jurisprudência, porque, se assim não se fizer, se diante da simples possibilidade de ser o réu o autor do crime, for ele exposto ao Júri, ter-se-á criado verdadeiro prodígio jurídico: a garantia contra condenação arbitrária transformada monstruosamente em exposição ao risco de condenação despótica”.

E o criminalista do século arrematava: “Concluímos: é alógico o procedimento penal contra quem tem em seu favor o benefício da dúvida. Quanto mais depressa se resolve essa situação melhor para a própria sociedade de que o réu faz parte”.

No mesmo sentido, a posição do eminente professor **Vicente Greco Filho** (*Tribunal do Júri - Estudo sobre a mais Democrática Instituição Jurídica Brasileira*, coordenação **Rogério Lauria Tucci**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, pp. 118/120, *apud* **Maurides de Melo Ribeiro**, in artigo do **Boletim IBCCRIM** n° 124, março/2003): “Em sendo o veredicto do júri qualificado pela soberania, que se consubstancia em sua irremediabilidade em determinadas circunstâncias, e tendo em tinta a ausência de fundamentação da decisão, a função, às vezes esquecida, da pronúncia é a de impedir que um inocente seja submetido aos riscos do julgamento social irretido e incensurável”.

“É comum dizer-se que a função da pronúncia é a de remeter o réu a júri. Mas rejeitamos, terminantemente, essa imposição. A função da fase de pronúncia é exatamente a contrária”.

“Em outras palavras, a função do juiz togado na fase da pronúncia é a de evitar que alguém que não mereça ser condenado possa sê-lo em virtude do julgamento soberano, em decisão quiçá, de vingança pessoal ou social. Ou seja, cabe ao juiz na fase de pronúncia excluir do julgamento popular aquele que não deva sofrer a repressão penal”.

Pelas mesmas razões, não há mais se aceitar tenha validade o parágrafo único do art. 409 do CPP. À luz da Lei Maior, a sentença de impronúncia há de ter os mesmos efeitos da sentença absolutória, em especial o de fazer coisa julgada material, sob o risco de — outra vez — ser a dádiva constitucional interpretada em favor do Estado e não do indivíduo.

Em suma, quis o constituinte fosse o plenário do Júri um *plus*, um obstáculo a mais a ser transposto pelo Estado para obter uma condenação num crime doloso contra a vida. Antes disso, no entanto, impõe-se haja uma sentença prolatada por um juiz togado (pronúncia), que tem o objetivo de impedir seja um inocente submetido a

judgamento soberano (soberania dos veredictos), cujo resultado não depende de fundamentação — os jurados decidem por íntima convicção — e cujos riscos o inocente não merece arrostar.

Não é uma questão de legislar, mas de dar interpretação sistemática aos dispositivos do CPP, afetos à matéria, bem como art. 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição Federal.

O problema de se pretender adequar a CF à legislação infraconstitucional — o positivismo serôdio dos tribunais e da *communis opinio doctorum* (não consigo mais repetir a fastidiosa expressão “doutrina e jurisprudência”) — é elucidado de maneira perfeita pelo professor **Lenio Luiz Streck** (*Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 79): “Talvez nas palavras de um desembargador de Tribunal de Justiça estejam presentes, simbolicamente, os ingredientes que engendram a crise de paradigmas aqui discutida: instado pelo advogado de defesa, em sustentação oral, a aplicar princípios constitucionais, Sua Excelência afastou-os ‘com base no Código de Processo Penal’”.

Para terminar: a visão que se combate é ultrapassada; não tem recepção constitucional: o Júri é uma garantia do cidadão, não da sociedade! ●

**César Peres**

Advogado e professor de Direito Penal e Processual Penal na Ulbra/Gravataí (RS)

### Em suma: quis o constituinte fosse o plenário do Júri um *plus*, um obstáculo a mais a ser transposto pelo Estado para obter uma condenação num crime doloso contra a vida.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em 17/11/2004, julgou Recurso de Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 492461/MG, cujo objeto era, em síntese, a possibilidade de um recurso especial ser considerado tempestivo quando interposto antes da publicação do acórdão recorrido, ou seja, não se conheceu o recurso especial porque o advogado não aguardou a publicação da nota de expediente.

O ministro **Gilson Dipp**, relator da irresignação, proferiu voto seguindo a linha de precedentes do STJ, bem como de precedentes do STF, no sentido de que o recurso interposto antes de aberto o prazo para a sua interposição haveria de ser reputado intempestivo. Indeferiu, pois, os embargos, enfatizando, contudo, que estava proferindo voto naquele sentido em respeito aos precedentes da Corte, apesar de ter dúvidas se aquela era a melhor interpretação. A ministra **Eliana Calmon**, entretanto, houve por bem proferir voto divergente, alegando que o prazo de um recurso deve ser sempre entendido como um direito à ampla defesa, não havendo óbice a que o advogado, uma vez tomando conhecimento da decisão antes de sua publicação, interponha desde logo sua irresignação, renunciando, tacitamente, ao prazo recursal. Por outro lado — ressaltou a ministra — nada justificaria que, no atual contexto de desenvolvimento tecnológico, um advogado fosse punido com a intempestividade de seu recurso por praticar ato tendente à celeridade do processo. Após muito debate, a Corte Especial por maioria, nos termos da divergência, deu provimento aos embargos para o fim de reconhecer a tempestividade do recurso.

Poderíamos dissertar algumas linhas sobre o mérito da decisão. Contudo, pretendo poupar o leitor dessa discussão toca e cuja obviedade acerca de qual dos votos seria o “correto” dispensa maiores comentários. Pretendo deter-me, especificamente, num argumento utilizado por um dos ministros, cujo nome furto-me de mencionar — porque a crítica, frise-se, não é pessoal e não pretendo atingir a honra de ninguém — e que acompanhava o relator: para justificar seu entendimento no sentido da intempestividade do recurso interposto antes de aberto o prazo, ressaltou ele que o STJ assim como o STF possuíam sólidos precedentes nesse sentido e, conseqüentemente, deveria ser respeitada a estabilidade das decisões.

E o que é pior: Sua Excelência não entendia como um mesmo texto de lei, que não foi alterado, poderia repentinamente receber interpretação diversa (*sic*).

O caso mencionado revela uma doença crônica que impregna os tribunais nacionais: o *teletubismo jurídico* (peço licença ao desembargador

**Amilton Bueno**

**de Carvalho**

para utilizar sua expressão). Trata-se de um transtorno de personalidade argumentativa neutra que, em termos semelhantes àqueles ETs gordinhos do programa infantil, leva o doente ao método de-novo-dedutivo. Normalmente verifica-se em sentenças e acórdãos *ponto-doc*, ou seja, modelos gravados no HD de um computador e que normalmente são adaptados aos casos concretos por estagiários e assessores (aliás, futuras vítimas em potencial do mesmo transtorno), e que ficam sujeitos, claro, à posterior conferência pela autoridade julgadora. Existem estudos ressaltando que tal doença pode ser causada por um vírus, já encontrado em bancas de concursos públicos e exames da OAB. Nesta modalidade virulenta, conta com um hospedeiro, normalmente um professor universitário ou de cursinho que ministra sua aula munido do atual entendimento majoritário deste ou daquele tribunal. A doença pode conjugar-se com traços obsessivo-compulsivos, muito comuns na cultura manualística, resultando na publicação de livros que se limitam a fazer coleção de jurisprudência. Em seu estágio terminal, leva à petrificação dos neurônios e à incapacidade do uso do “por quê?”.

Concordo com **Bougnoux** quando ressalta que, sempre que “*um orador consegue tornar-se simpático, ser apreciado ou fazer rir à custa alheia, acabou o debate*”<sup>(1)</sup>; mas não posso deixar de reconhecer que um debate acerca de precedentes jurisprudenciais normalmente merece uma pitada de hilariedade. É certo que o direito deve buscar a formulação de um sistema (embora veja-se obrigado, freqüentemente, ao *pensamento-problema*), assim como também é certo que a dogmática

tem por característica a formulação de institutos, a partir de um modelo de Direito positivo, na busca de segurança e estabilidade de decisões (apesar de, na maioria dos casos, a procedência de uma tese depender da distribuição do recurso). Disso não resulta, entretanto, que o discurso, para se manter coerente, tenha

de apelar para a citação e repetição de acórdãos deste ou daquele tribunal, além de ter, necessariamente, de ser imutável. Será que um juiz necessita citar ementa de acórdãos para ser coerente? Será que todo discurso necessita do argumento *ab*

*auctoritate* para ser confirmado pelas instâncias superiores?

O grande problema é que a repetição de *precedentes* conduz à abordagem acrítica do direito, mantém um *status quo*, transforma a insegurança do juiz em entendimento jurisprudencial majoritário. A idéia de precedente jurisprudencial confirma um *poder simbólico*, na expressão de **Bourdieu**<sup>(2)</sup>: uma *ideologia* como instrumento de dominação por meio de produções simbólicas hegemônicas, que é *invisível* porque só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos, ou mesmo que o exercem. Uma vez eficaz, tal poder consagra uma *violência simbólica*, ou seja, a imposição da apreensão de uma ordem estabelecida como natural (ortodoxia) por meio da imposição mascarada de sistemas de classificação e de estruturas mentais objetivamente ajustadas às estruturas sociais: eis o *doxa* mencionado por **Bourdieu**, ou seja, uma realidade indiscutível porque indiscutida. Esse também é o ponto de partida de **Thompson**, para quem a noção de *ideologia* está, necessariamente, relacionada ao conceito de *dominação*, ao modelo *assimétrico de poder* travado entre duas ou mais relações sociais, ou seja, uma *ideologia* pressupõe a apreensão de sentido não disponível a todos os grupos sociais envolvidos na relação. “*Estudar ideologia é estudar a maneira como o sentido serve para estabelecer e sustentar relações de dominação. Fenômenos ideológicos são fenômenos simbólicos significativos desde que*”

► *eles sirvam, em circunstâncias sócio-históricas específicas, para estabelecer relações de dominação*<sup>(3)</sup>. Por essa razão, formas simbólicas contestatórias de um determinado *status quo* não seriam *ideologias* porque objetivam, justamente, demonstrar a *assimetria* da relação de dominação.

A necessidade de manutenção do precedente (ou seja, de uma *ideologia*) encobre, como bem ressaltado por **Amilton Bueno de Carvalho**<sup>(4)</sup>, a figura do pai-julgador, do juiz divindade, que, assim como necessita da formalidade para manter seu discurso coerente no seio da comunidade onde labora, necessita respeitar o precedente do tribunal-pai que lhe é superior, não porque estaria atuando segundo a lei do menor-esforço, mas sim para agradar o *órgão censor/pai*. Em termos semióticos, o precedente jurisprudencial desempenha a mesma função da toga no ritual do julgamento (muito semelhante à função da gravata nos meios acadêmicos). Nas palavras de **Aury Lopes Jr.**<sup>(5)</sup>, citando **Garapon**, a toga é um instrumento imprescindível no ritual de purificação, pois ao mesmo tempo que é um escudo protetor, subtrai o sujeito da sua condição de mortal, purifica-o. Atire a primeira pedra quem nunca se assustou ao deparar-se com um juiz vestindo bermuda e chinelo: sim, ele é mortal!

Não é diferente com o precedente jurisprudencial: a repetição de acórdãos como fundamentos das decisões, bem como a reiteração neutra e acrítica das decisões anteriores do mesmo tribunal, confere um ar de “justiça” para o *decisum*, além de confirmar a onisciência da fonte originária. Em termos mais amplos, tal reiteração não só mantém a perfeita domesticação das instâncias inferiores, senão também propicia a estabilidade do *poder simbólico* dentro do mesmo tribunal. Explica-se, assim, a dificuldade que um julgador enfrenta quando revisa um entendimento consolidado: da mesma forma que insegurança e autoritarismo caminham juntos, toda verdade supostamente absoluta necessita de estabilidade para camuflar a própria fragilidade. O juiz-de-precedentes poderia ser sintetizado, nas palavras de **Nietzsche** (sempre ele!), como um sujeito que inventa “*um outro mundo para poder caluniar e sujar este aqui*”<sup>(6)</sup>. Conseqüentemente, só pessoas seguras e corajosas têm condições de romper uma *ideologia* por meio do reconhecimento da precariedade das próprias convicções, da relatividade de toda certeza, do caráter falível a que todo julgamento está exposto.

A tarefa atual da ciência jurídica não é

mais agarrar-se ao dogma da segurança jurídica, mas sim reconhecer a própria necessidade da contradição, da dúvida, da divergência, para a consolidação de um *pensamento sistemático* adequado à *complexidade*. As ciências sociais contemporâneas, ressalta **Bauman**<sup>(7)</sup>, devem superar a pretensão de explicar a crise para expulsá-la, pois a missão atual é construir uma teoria do ser-humano-no-mundo que não veja a incoerência e a desfuncionalidade como eventos extraordinários que incorporariam, na sua definição da existência humana, aqueles fenômenos que são inexplicáveis em termos utilitários e que, portanto, não teriam necessidade de uma “teoria da crise” especial. Temos de laborar a partir de um modelo de tolerância à crise; um modelo que reconhece abertamente sua impotência diante da crise sem, contudo, renunciar à sua tarefa. Alia-se a ela para zombar dela; identifica-a, delimita-a e convida-a para dançar, seguindo o seu ritmo, mas, ao mesmo tempo, influenciando os seus passos.

Ao juiz-precedente, vai aqui um conselho: ouse duvidar; experimente o vício que decorre do questionamento constante; deixe-se sentir e levar pela incerteza; mal sabe, você, a sensação de orgasmo que advém de uma crítica. A sociedade agradece. ☺

### Notas

- (1) **BOUGNOUX, Daniel**. *Introdução às Ciências da Comunicação*. Bauru: Edusc, 1999, p. 78.
- (2) **BOURDIEU, Pierre**. *O Poder Simbólico*. 5ª ed., Rio: Bertrand Brasil, 2000, pp. 7-8.
- (3) **THOMPSON, John B.** *Ideologia e Cultura Moderna*. 5ª ed., trad. por **Carmen Grisci et al.**, Petrópolis: Vozes, 2000, p. 76.
- (4) **CARVALHO, Amilton Bueno de**. “O juiz e a jurisprudência - um desabafo crítico”, in **BO-NATO, Gilson** [org], *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio: Lumen Juris, 2002, pp. 9-12.
- (5) **LOPES JR., Aury Lopes**. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Rio: Lumen Juris, 2004, p. 80.
- (6) **NIETZSCHE, Friedrich**. *Vontade de Potência*. Trad. por **Mario Ferreira Santos**. Porto Alegre: Globo, 1945, t. I, livro I, p. 101.
- (7) **BAUMAN, Zygmunt**. *Em Busca da Política*. Trad. por **Marcus Penchel**, Rio: Jorge Zahar, 2000, p. 156.

**Andrei Zenkner Schmidt**  
Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS, professor da Graduação e do programa de Pós-Graduação em Ciências Penais da PUC/RS, advogado criminalista, conselheiro penitenciário do Rio Grande do Sul e do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC)

Andrei Zenkner Schmidt



**IBCCRIM**

**INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM - (FUNDADO EM 14.10.92)**

**DIRETORIA DA GESTÃO 2003/2004**

**COORDENADORES ESTADUAIS:**

- **ACRE**
  - **Maria de Salete da Costa Maia**  
E-mail: [cestadual.ac1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.ac1@ibccrim.org.br)
- **AMAPA**
  - **João Guilherme Lages Mendes**  
E-mail: [cestadual.ap1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.ap1@ibccrim.org.br)
- **AMAZONAS**
  - **Ana Beatriz Baraúna Lopes**  
E-mail: [cestadual.am1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.am1@ibccrim.org.br)
  - **Fabiola Montecorado Ghidalevich**  
E-mail: [cestadual.am2@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.am2@ibccrim.org.br)
- **BAHIA**
  - **Elmir Duclerc**  
E-mail: [cestadual.ba1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.ba1@ibccrim.org.br)
  - **Selma P. de Santana**  
E-mail: [cestadual.ba2@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.ba2@ibccrim.org.br)
- **CEARA**
  - **Fernando Luiz Ximenes Rocha**  
E-mail: [cestadual.ce1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.ce1@ibccrim.org.br)
- **DISTRITO FEDERAL**
  - **Carmen da Costa Barros**  
E-mail: [cestadual.df1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.df1@ibccrim.org.br)
  - **Heloisa Estellita**  
E-mail: [cestadual.df2@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.df2@ibccrim.org.br)
- **MARANHAO**
  - **Themis Maria Pachêco de Carvalho**  
E-mail: [cestadual.ma1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.ma1@ibccrim.org.br)
- **MINAS GERAIS**
  - **Liliane Cristina de Oliveira**  
E-mail: [cestadual.mg1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.mg1@ibccrim.org.br)
  - **Marcelo Leonardo**  
E-mail: [cestadual.mg2@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.mg2@ibccrim.org.br)
- **PARA**
  - **Edmundo Alberto Branco de Oliveira**  
E-mail: [cestadual.pa1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.pa1@ibccrim.org.br)
- **PARAIBA**
  - **Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato**  
E-mail: [cestadual.pb1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.pb1@ibccrim.org.br)
  - **Guilherme Costa Câmara**  
E-mail: [cestadual.pb3@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.pb3@ibccrim.org.br)
  - **Oswaldo Trigueiro Filho**  
E-mail: [cestadual.pb2@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.pb2@ibccrim.org.br)
- **PARANA**
  - **Maurício Kuehne**  
E-mail: [cestadual.pr1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.pr1@ibccrim.org.br)
- **PERNAMBUCO**
  - **Nilzardo Carneiro Leão**  
E-mail: [cestadual.pe1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.pe1@ibccrim.org.br)
- **MATO GROSSO DO SUL**
  - **Fabio Trad**  
E-mail: [cestadual.ms1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.ms1@ibccrim.org.br)
- **RIO DE JANEIRO**
  - **Maria Lúcia Karam**  
E-mail: [cestadual.rj1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.rj1@ibccrim.org.br)
- **RIO GRANDE DO SUL**
  - **Fabio Roberto D'Avila**  
E-mail: [cestadual.rs1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.rs1@ibccrim.org.br)
  - **Luiz Antônio Bogo Chies**  
E-mail: [cestadual.rs3@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.rs3@ibccrim.org.br)
  - **Paulo Vinicius Sporleder de Souza**  
E-mail: [cestadual.rs2@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.rs2@ibccrim.org.br)
- **RIO GRANDE DO NORTE**
  - **Lena Rocha**  
E-mail: [cestadual.rn1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.rn1@ibccrim.org.br)
- **SANTA CATARINA**
  - **Felipe Cardoso Moreira de Oliveira**  
E-mail: [cestadual.sc1@ibccrim.org.br](mailto:cestadual.sc1@ibccrim.org.br)

Entre em contato com o coordenador de seu Estado para celebração de convênios, propôr e divulgar cursos, enviar artigos e se informar. **Participe!**

## COM A PALAVRA, O ESTUDANTE: OS HERÓIS NOS TEMPOS DO TERROR

Otávio Dias de Souza Ferreira

Otávio Dias de Souza Ferreira

A veneração coletiva a celebridades desprovidas de valores humanitários, aliada ao sucesso inesgotável da receita hollywoodiana de produção de heróis em películas de ação repletas de sensacionais efeitos pirotécnicos, mas escassas de conteúdos intelectual, gregário e original, suscitam o questionamento sobre as mensagens subliminares transmitidas pelos ídolos modernos.

Segundo **Joseph Campbell**, o herói seria alguém que se entrega a um objetivo mais elevado, deixando de se dedicar prioritariamente a si próprio. Não é materialista, deve ter o livre arbítrio e pode ter a imaginação poética (como a de Quixote). Esse pensador alerta para o fato de o mundo atual estar esvaziado de valores espirituais, o que faz as pessoas se sentirem impotentes, entediadas e alienadas em relação à ordem vigente. A vida moderna é muito complexa para algum ato de heroísmo se cristalizar antes de ser descartado como um bem de consumo<sup>(1)</sup>.

**Junio de Souza Brandão** traçou algumas características dos heróis gregos, tais como: geralmente eram filhos de um Deus e de um mortal; a educação ocorria distante do lar e dos pais, em um rito de “separação-iniciação-retorno”, no qual o jovem se ligava a um mundo sagrado; enfrentavam tarefas perigosas por objetivos nobres; eram física e espiritualmente superiores aos homens; agiam com coragem, ou segundo o coração; e estavam preparados para o sofrimento, a solidão e até mesmo para a morte<sup>(2)</sup>.

O brasileiro, por sua vez, consome heróis importados, como é o caso dos super-heróis, tão em voga nos *blockbusters*, quadrinhos e videogames, os quais são pessoas mortais, muitas vezes com superpoderes, representando o bem, em vingança privada contra o mal. Gozam de fama, embora geralmente não a procurem (o prêmio da “chave da cidade”, as manchetes de jornais, etc). É o milionário Bruce Wayne, que vira um justiceiro — o Batman — depois do cruel assassinato de seus pais. São os muitos personagens (talvez não “super”, mas heróis) vividos por Charles Bronson, Van Damme, Chuck Norris e Stalone, que seguem a sina de pessoas “legitimadas” ao uso de violência brutal após sofrerem grandes injustiças gratuitas. Seus inimigos não merecem direitos nem garantias e são condenados sumariamente. Nunca pairam dúvidas de autoria e materialidade. Os delitos são sempre dolosos. Exclusão social e estado de necessidade praticamen-

te não existem na realidade em que vivem. Apenas os “mocinhos” são “humanos”. As instituições policiais são geralmente incompetentes, quando não corruptas, e só conseguem capturar os bandidos depois de os heróis os renderem. Isso se os vilões já não tiverem sido “merecidamente” mortos no derradeiro duelo.

Os demais notáveis cultuados são basicamente as celebridades do esporte, da moda e do meio artístico “Pop”, cujas maiores virtudes são a capacidade atlética, a fama, a beleza física e a acumulação de riquezas.

Os ídolos modernos têm o poder de comunicar muitos valores e significados na educação das crianças desde muito cedo, além de reforçar posturas ideológicas reacionárias em jovens e adultos.

Um grande protótipo do herói atual é Arnold Schwarzenegger, celebridade de megaproduções de Hollywood que é eleito governador de um dos Estados mais ricos dos Estados Unidos da América e transforma-se em grande cabo eleitoral das guerras “em defesa da democracia mundial”, em um país que insiste em posar de “guardião internacional do bem contra as forças do mal”. No eterno maniqueísmo bélico dessa nação, antes os vilões eram os vermelhos, agora são os terroristas e os narcotraficantes.

Na guerra contra as drogas, travada desde o início do século XX pelas forças puritanas dos Estados Unidos, acirrada na década de setenta, durante a Guerra Fria, a figura do narcotraficante é colocada como um grande herege, bruxo, que ameaça nossos filhos, exatamente como na Santa Inquisição<sup>(3)</sup>. Os países pobres, produtores, são os agressores enquanto os ricos, consumidores, as vítimas, cabendo a Washington a defesa destes últimos. Tudo acontecendo enquanto o general Noriega, antigo servidor da CIA, o qual “arumava” narcodólares para serem usados segundo interesses dos “ianques” contra os “subversivos” da América Latina, permanece encarcerado como “bode expiatório” de um escândalo mal explicado<sup>(4)</sup>.

Na luta contra o “terror”, e isso inclui

também o “narcoterror”, vale tudo. Não importam os tratados internacionais, a soberania dos países, nem a ONU. E as “forças do mal” eleitas pela Casa Branca — o Taleban, Bin Laden e Sadam Hussein — são, paradoxalmente, seus mesmos aliados de tempos recentes.

Os Estados modernos têm se minimizado, os campos de incidência de quase todas as áreas do Direito têm diminuído, as garantias e liberdades individuais se afrouxado, e apenas a amplitude do Direito Penal tem crescido. É a inversão do princípio da subsidiariedade do Direito Penal.

O poder público enfraquecido atinge as áreas mais marginalizadas quase tão somente através da repressão policial.

Daí a cultura do medo consagra-se como um

**A cultura do medo consagra-se como um instrumento fundamental de controle social. Terríveis inimigos são criados a todo momento e divulgados exaustivamente pelos meios de comunicação. Dissemina-se uma sensação de perigo iminente na sociedade, geradora de um clamor público por punições cada vez mais severas e irracionais.**

instrumento fundamental de controle social. Terríveis inimigos são criados a todo momento e divulgados exaustivamente pelos meios de comunicação. Dissemina-se uma sensação de perigo iminente na sociedade, geradora de um clamor público por punições cada vez mais severas e irracionais. Conforme assevera **Débora Regina Pastana**, “o medo e a insegurança permitem ao Estado medidas simbólicas cada vez mais autoritárias”<sup>(5)</sup>. O temor tira as atenções políticas de um cenário de profundas desigualdades sociais e de desproporção entre os objetivos estimulados pela sociedade e os meios disponíveis para as pessoas atingirem tais objetivos<sup>(6)</sup>.

Com a opressão, por parte do “Estado-herói”, legitimada e com a despolíticação generalizada, aumenta-se o campo para o fisiologismo em detrimento do desenvolvimento do processo democrático e do próprio exercício da cidadania.

**Alba Zaluar** entende, segundo citação de **Pastana**, que as pessoas trancadas em suas casas deixam de se organizar, de se preocupar em participar das decisões locais que afetem suas vidas. Fazem o contrário, armam-se e buscam reforçar a própria defesa de maneira isolada da comunidade<sup>(7)</sup>. E quanto maior a segregação, maior a intolerância! Esse processo estimula ainda mais o culto ao “ter”, ao invés

do “ser”, transportando a lógica utilitarista à esfera dos relacionamentos interpessoais, reproduzindo-a inclusive nas relações de idolatria.

As cadeias vão se enchendo como nunca, ocupando-se de parcelas dos “exércitos de reserva” de mão de obra, na pretensão de, por um lado, neutralizar corpos indóceis, insubmissos a um sistema em hipertrofia e, por outro, de impor socialmente a moral do trabalho.

Quem seriam os heróis com quem se identificaria um miserável jovem iraquiano ou palestino, senão os soldados mártires que entregam as próprias vidas na defesa de seus povos contra as brutalidades dos alienígenas? E no caso de um jovem de uma favela, quem senão aqueles seus poucos vizinhos, como os traficantes de drogas, que conseguiram atingir algum poder e alguma ascensão social numa sociedade (quase) estamental? **Campbell** adverte que “chamar alguém de herói ou monstro depende de onde se localiza o foco de sua consciência”<sup>(8)</sup>.

Enquanto os versos da canção de Caçuza clamam por ideologia, lamentando a morte dos heróis de uma geração por overdose, os super-heróis modernos seguem implacáveis estrelando espetáculos nos quais criam, alimentam e destroem monstros e sonhos. ●

### Notas

- (1) **CAMPBELL, Joseph. MOYERS, Bill.** *O Poder do Mito*. 21ª ed., Cap. V, São Paulo: Editora Palas Athenas, 2003.

- (2) **BRANDÃO, Junito de Souza.** *Mitologia Grega*, vol. III, Capítulo 1, 6ª ed., Petrópolis: Editora Vozes, 1995.
- (3) A professora **Vera Malaguti Batista** remete-se a tal analogia entre a guerra contra as drogas e a Inquisição criada por **Nilo Batista** em outro texto (**BATISTA, Vera Malaguti.** “O tribunal de drogas e o tigre de papel”, *Revista de Ciências Criminais* n° 4, ITEC, Porto Alegre: Editora Notadez, 2002, p. 111.).
- (4) **ARBEX JR., José.** *Narcotráfico – Um Jogo de Poder nas Américas*, capítulo 3, 8ª impressão, *Coleção Polêmica*, São Paulo: Editora Moderna, 2000.
- (5) **PASTANA, Débora Regina.** “Cultura do Medo-reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil”, **IBCCRIM**. São Paulo, 2003, p. 97.
- (6) Tal ponderação faz parte da explicação funcionalista da criminalidade de **Robert Merton (PIERANGELLI, José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raúl.** *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Brasil, 2002, pp. 316, 317).
- (7) **PASTANA, Débora Regina.** “Cultura do Medo-reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil”, **IBCCRIM**, São Paulo, 2003, p. 97.
- (8) **CAMPBELL, Joseph.** *O Poder do Mito*, obra cit., p. 135.

**Otávio Dias de Souza Ferreira**  
Quartanista de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, estagiário na Procuradoria de Assistência Judiciária Criminal, bacharel em Administração de Empresas e aluno do **Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM**

Otávio Dias de Souza Ferreira

## Entidades que assinam o Boletim:

### — AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas
- Ministério Público do Amazonas

### — CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados

### — DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE
- Associação dos Magistrados do Distrito Federal

### — ESPÍRITO SANTO

- Ministério Público do Estado do Espírito Santo

### — GOIÁS

- Associação Goiana do Ministério Público
- Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - (Asmeço)

### — MARANHÃO

- Associação dos Delegados de Polícia Civil do Estado do Maranhão

### — MATO GROSSO DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul
- Associação Sul-Matogrossense do Ministério Público
- Sindicato dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul

### — MINAS GERAIS

- Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte
- Praetorium - Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito Ltda.
- Sindicato dos Delegados de Polícia Federal em Minas Gerais - SINDPF/MG

### — PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

### — PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná
- Ministério Público do Estado do Paraná

### — RIO DE JANEIRO

- Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - FESUDEPERJ

### — RIO GRANDE DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS

### — SÃO PAULO

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
- Associação Paulista de Magistrados - Apamagis
- Curso Anglo Triumphus - Sorocaba
- Curso C.P.C.
- Ordem dos Advogados do Brasil
- Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

## ESCREVAM NO BOLETIM!

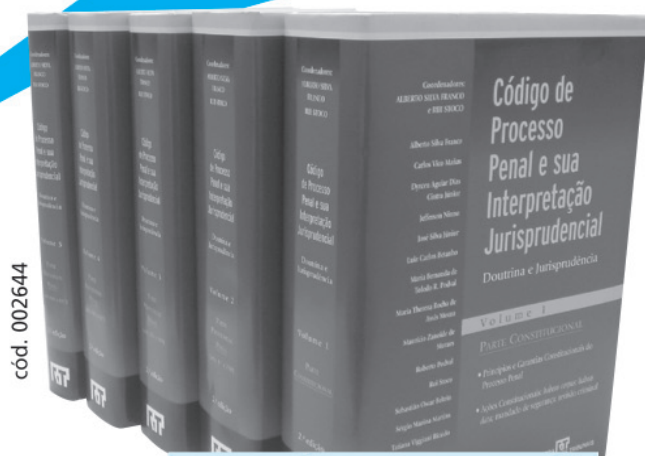
O **Boletim** depende da colaboração dos leitores. Os artigos devem ser inéditos em quaisquer veículos, Internet inclusive, e ser enviados em envelope contendo gravação feita em disquete 3½ e processador de texto *Word for Windows*, além do texto impresso em 2 vias.

Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e e-mail, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.

Solicitamos, ainda, que os artigos tenham 3, 5 ou 6 laudas. Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador para determinar os parágrafos: o próprio já determina, automaticamente, a sua abertura. Como fonte, usar o *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.

Aos estudantes de graduação, o **Boletim** dedica uma seção exclusiva.

# Lançamentos RT



cód. 002644

acompanha CD-ROM contendo

- ✓ Estrutura da obra
- ✓ Índice Sistemático completo dos 5 volumes
- ✓ Legislação: Código de Processo Penal, Constituição Federal e leis extravagantes constantes da obra



## Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial

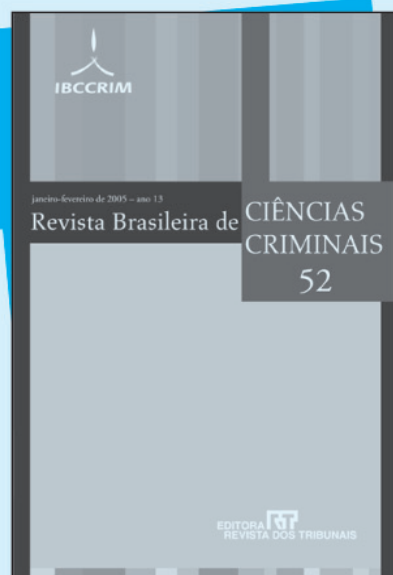
Doutrina e Jurisprudência

Coordenação: Alberto Silva Franco e Rui Stoco

2.<sup>a</sup> edição em 5 volumes • 9.248 páginas

- vol. 1. Parte Constitucional
- vol. 2. Parte Processual Penal (arts. 1.º a 250)
- vol. 3. Parte Processual Penal (arts. 251 a 393)
- vol. 4. Parte Processual Penal (arts. 394 a 667)
- vol. 5. Parte Processual Penal (arts. 668 a 811)

## Já à venda



## Faça já sua assinatura da Revista Brasileira de Ciências Criminais 2005

Consulte-nos para saber sobre descontos e condições especiais de comercialização  
Ligue 0800 702 2433

volumes 52 a 57  
periodicidade bimestral

**livraria**  
**RT**

[www.livrariart.com.br](http://www.livrariart.com.br)

Atendimento ao consumidor  
**0800 702 2433**

EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS  
[www.rt.com.br](http://www.rt.com.br)